Die
Mitunterschrift der Ehefrau beim Mietvertrage.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde,

welche

mit Genehmigung der hohen juristischen Fakultät

der

Kgl. vereinigten Friedrichs-Universität Halle-Wittenberg

nebst den beigefügten Thesen

am Mittwoch, den 1. Dezember 1909, vorm. $11^1/_4$ Uhr

öffentlich vortragen wird

Franz Bundschuh,

Referendar

beim Kgl. Landgericht in Magdeburg.

ACAD
LUDWIG BAT
BIBL

Opponenten:
Herr Referendar Paul Radisch,
Herr Referendar Curt Ebert.

Halle a. S.
Heynemann'sche Buchdruckerei (Gebr. Wolff).
1909.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548101_0138

Meinem toten Vater!

Literaturverzeichnis.

Arch. f. b. R. = Archiv für bürgerliches Recht, herausgegeben von Kohler, Ring und Oertmann, Berlin.

Bayr. OLGE. = Sammlung von Entscheidungen des Obersten Landesgerichtes für Bayern in Gegenständen des Zivilrechtes.

Bayr. Rpf.-Z. = Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.

Bekker: Die Aktionen des römischen Privatrechtes. Bd. 2. Berlin 1873.

— Sprachliches und Sachliches zum BGB. In Iher. Jahrb., Bd. 49, S. 1 ff.

Bendix: Das deutsche bürgerliche Recht. Bd. 1, 2. Aufl., 1904.

Berndorff: Ist bei einem von zwei Eheleuten als Mietern abgeschlossenen Mietvertrage die Kündigung des Mannes ausreichend, um das Mietverhältnis für beide Teile aufzulösen? Im R., 1905, S. 132 ff.

Bierling: Juristische Prinzipienlehre. Bd. 1, Freiburg i. Br. Leipzig 1894, Bd. 3, Tübingen 1905.

Birkenbihl: Bedarf die sog. kumulative Schuldübernahme der Schriftform? Im Recht, 1903, S. 286.

v. Blume: Novation, Delegation und Schuldübertragung. Göttingen 1895.

— Zur Lehre von der Schuldübernahme. In Iher. Jahrb., Bd. 39, S. 390 ff.

— Zur Schuldübernahmefrage. In Iher. Jahrb., Bd. 40, S. 106 ff.

v. Blume-Opet: Das Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1906.

Brattig: Die kumulative Schuldübernahme und ihr Verhältnis zur Bürgschaft. Inaug.-Diss., Leipzig 1907.

Büttner: Die Haftung des Bürgen nach gemeinem Recht und dem Rechte des BGB. Inaug.-Diss., Greifswald 1899.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechtes. Bd. 1, 4. Aufl. Jena 1903.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechtes. Bd. 2. Tübingen-Leipzig 1902.

David: Kann die kumulative Schuldübernahme als ein abstraktes Schuldversprechen oder ein Schenkungsversprechen angesehen werden? Im Recht, 1903, S. 356 ff.

D. J.-Z. = Deutsche Juristen-Zeitung, herausgegeben von Laband, Hamm und Heinitz, Berlin.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. Bd. 2. Mannheim 1901.

Eck: Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Herausgegeben von R. Leonhard. Bd. 1. Berlin 1903.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes. Bd. 1, 9. Aufl. Berlin 1903.

Enneccerus: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes. Bd. 1, 3. Aufl. Marburg 1908.

Francke: Wohnungsmiete und Ehefrau. In Seuff. Bl. f. R.-A., 1907, S. 982.

Fränkel: Miet- und Pachtrecht nach dem BGB. 1897.

Goldmann-Lilienthal: Das bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 1, 2. Aufl. Berlin 1903.

Goldschm. Ztschr. = Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Begründet von Goldschmidt, herausgegeben von Lehmann, Stuttgart.

Gruchot = Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechtes. Begründet von Gruchot, herausgegeben von Küntzel, Eccius und Jaeckel, Berlin.

Hallbauer: Die Bürgschaft und verwandte Rechtsgebilde im Bankverkehr. Im Bankarchiv, 1908, S. 308 ff., 321 ff., 337 ff.

Haverkamp: Zur Lehre von der Schuldübernahme. In D. J.-Z., 1901, S. 530.

Heil: Die Lehre von der Schuldübernahme unter besonderer Berücksichtigung des Sukzessions-Begriffes. Inaug.-Diss., Rostock 1903.

Hellbach: Die sog. kumulative Schuldübernahme. Im Recht, 1903, S. 335 ff.

Hellwig: Die Verträge auf Leistung an dritte. Leipzig 1899.

— Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. Leipzig 1901.

Herms: Die Bürgschaft nach dem BGB. des Deutschen Reiches. Inaug.-Diss., Rostock 1900.

Hölder: Die Ablösung einer Vertragspartei durch einen dritten. Im Recht, 1908, S. 469.

Horn: Schuldübernahme. Wien 1902.

Jakoby: Ist der Schuldübernehmer Rechtsnachfolger im Sinne der §§ 325, 727, 729 ZPO.? In D. J.-Z., 1904, S. 211.

Jakubezky: Das Rechtsverhältnis des eingebrachten Gutes gegenüber rechtsgeschäftlichen Verbindlichkeiten der Frau. Im Recht, 1904, S. 324—325.

Iher. Jahrb. = Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Jena.

Josef: Bedarf die sog. kumulative Schuldübernahme der Schriftform? In D. J.-Z., 1903, S. 422 ff.

Isay: Schuldverhältnis und Haftungsverhältnis im heutigen Recht. In Iher. Jahrb., Bd. 48, S. 187 ff.

Jung: Die Bereicherungsansprüche und der Mangel des rechtlichen Grundes. Leipzig 1902.

J.W. = Juristische Wochenschrift. Herausgegeben von Neumann, Berlin.

Kallmann: Kündigung von mit Eheleuten geschlossenen Mietverträgen. In KGBl., 1904, S. 77—78.

Keyßner: Das Mietkündigungsrecht des versetzten Beamten. Im Recht, 1903, S. 224—225.

KGBl. = Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts.

Kipp: Zur Lehre von der Schuldübernahme. In Iher. Jahrb., Bd. 36, S. 336 ff.

Klingmüller: Der Begriff des Rechtsgrundes. Breslau 1901.

— Das Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis. Jena 1903.

Kremer: Die Mitbürgschaft mit Beiträgen zur Lehre von Bürgschaft und Gesamtschuld. Straßburg 1902.

Last: Anspruchskonkurrenz und Gesamtschuldverhältnis. Breslau 1908.

Lippmann: Der Kreditauftrag des bürgerlichen Gesetzbuchs. In Iher. Jahrb., Bd. 48, S. 315 ff.

Lux: Die Notwendigkeit der Streitgenossenschaft. München 1906.

Marcus: Die Bürgschaftsurkunden im BGB. In KGBl., 1905, S. 101 ff.

— Materielle Grundfragen aus dem Bürgschaftsrechte. In KGBl., 1906, S. 4 ff.

Martinius: Die Form der kumulativen Schuldübernahme. In Gruchot, Bd. 49, S. 181 ff.

Menzel: Zur Lehre von der Schuldübernahme. Wien 1884.

Mittelstein: Die Miete nach dem Rechte des Deutschen Reiches. 2. Aufl. Berlin 1909.
Mugdan: Die gesamten Materialien zum BGB. Bd. 2. Berlin 1899.
Müller-Meikel: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches. Bd. 1, 2. Aufl. Berlin 1904.
Naumb. A.-K.-Z. = Zeitung der Anwaltskammer im Oberlandesgerichtsbezirk Naumburg.
Neuburger: Schriftform oder Formfreiheit der kumulativen Schuldübernahme? In den Jahrbüchern der württembergischen Rechtspflege, Bd. 2, S. 580 ff., S. 655 ff.
Niendorff: Mietrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 7. Aufl. Berlin 1906.
Oertmann: Das Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. Berlin 1906.
— Mitunterzeichnung des Mietvertrages durch die Ehefrau des Mieters. In D. J.-Z., 1905, S. 1079 ff.
OLGE. = Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechtes. Herausgegeben von Mugdan und Falkmann, Leipzig.
Planck: Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. 2, 3. Aufl. Berlin 1907.
Puntschart: Schuldvertrag und Treugelöbnis. Leipzig 1896.
— Der Grundschuldbegriff des Deutschen Reichsrechtes. Graz 1900.
Putzler: Zur Anwendung der §§ 517, 518 und 780 des Bürgerlichen Gesetzbuches. In J. W., 1901, S. 387—388.
R. = Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand. Herausgegeben von Soergel, München-Hannover.
Regelsberger: Ueber die Verträge zugunsten dritter und die Schuldübernahme. Im Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 67, S. 24 ff.
— Die Schuldübernahme und die §§ 414—416 BGB. In Iher. Jahrb., Bd. 39, S. 463 ff.
RGE. = Entscheidungen des Reichsgerichtes in Zivilsachen. Herausgegeben von Mitgliedern des Gerichtshofes und der Reichsanwaltschaft, Leipzig.
Richter: Die Bürgschaft kein Schuld-, sondern ein Haftungsverhältnis. Inaug.-Diss., Halle 1909.
Rümelin: Die Lehre von den Schuldversprechen und Schuldanerkenntnissen des BGB. Im Arch. f. d. ziv. Prax., Bd. 97, S. 211 ff.
Sächs. A. = Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß.
Sächs. OLG. = Annalen des Kgl. sächsischen Oberlandesgerichtes Dresden.
Salinger: Zur Frage der kumulativen Schuldübernahme. Im Arch. f. b. R., Bd. 28, S. 81 ff.

Schneider: Das Eintreten neben die Schuld eines anderen (intercessio cumulativa). In der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, 1909, S. 2 ff.

Schollmeyer: Recht der Schuldverhältnisse. München 1900.

Schöninger: Die Leistungsgeschäfte des bürgerlichen Rechts. Tübingen 1906.

Schurter: Die Theorie der Schuldübernahme und das künftige Schweizerische Zivilgesetzbuch. In der Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Bd. 42, S. 303 ff.

Seuff. A. = Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. Herausgegeben von Schütt, München-Leipzig.

Seuff. Bl. f. R.-A. = Seufferts Blätter für Rechtsanwendung, zunächst in Bayern.

Siber: Der Rechtszwang im Schuldverhältnis. Leipzig 1903.

— Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht. In Iher. Jahrb., Bd. 50, S. 55 ff.

Sievers: Bürgschaft und Aufrechnung. Im Recht, 1903, S. 249 ff.

Silbermann: Ist zur Gültigkeit der sog. kumulativen Schuldübernahme Schriftform erforderlich? In Seuff. Bl. f. R.-A., 1903, S. 365 ff., 1905, S. 157 ff. und 1909, S. 46 ff.

Stammler: Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Berlin 1897.

Stampe: Das Causaproblem des Zivilrechtes. In Goldschm. Ztschr. f. Handelsrecht, Bd. 55, S. 387 ff., 561 ff.

Staub: Kommentar zum HGB. Bd. 2, 8. Aufl. Berlin 1907.

v. Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze. Bd. 2 bis 4, 3. und 4. Aufl. München 1908.

Steyert: Der dingliche Vertrag im BGB. Straßburg 1905.

Sydow-Busch: Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz. 10. Aufl. Berlin 1905.

Unger: Die Einrede der Vorausklage und der Begriff der Bürgschaft im deutschen Entwurf. In Iher. Jahrb., Bd. 29, S. 1 ff.

Westerkamp: Bürgschaft und Schuldbeitritt. Berlin 1908.

Wienstein: Begriff und Fälle des abstrakten Rechtsgeschäftes im geltenden Recht. In Gruchot, Bd. 48, S. 477 ff.

Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechtes. Bd. 2, 2. Aufl. Frankfurt a. M. 1906.

Winter: Mitunterzeichnung eines Mietvertrages durch die Ehefrau des verstorbenen oder versetzten Mieters. Im Recht, 1907, S. 817 ff.

Witte: Schuldübernahme — Bürgschaft — Gesamtschuld. In der Juristischen Monatsschrift für Posen etc., 1903, S. 69 ff.
Wolf: Wie unterscheidet sich die kumulative Schuldübernahme von der Bürgschaft? Inaug.-Diss., Würzburg 1908.

Sonstige nur zu nebensächlichen Fragen in Betracht kommende Literatur findet sich am gegebenen Orte jeweils verzeichnet.

Nachtrag.

Erst nachdem bereits die vorliegende Arbeit der Fakultät eingereicht worden war, erschien die umfangreiche Abhandlung von Prof. Dr. Hans Reichel: Die Schuldmitübernahme (kumulative Schuldübernahme), München 1909. Sie konnte daher nicht mehr berücksichtigt werden.

Stoffeinteilung.

Einleitung. Seite

§ 1. Typen von Mietverträgen, die von der Ehefrau mitunterschrieben sind 1

§ 2. Der Zweck der Mitunterzeichnung des Mietvertrages durch die Ehefrau 3

I. im allgemeinen 3

II. im besonderen mit Rücksicht auf die Rechtslage des Vermieters 3

a) Zweck und Wert seines Pfandrechtes . . . 3

b) Ausdehnung seines Pfandrechtes auf die von der Ehefrau eingebrachten Sachen 4

III. als Hilfsmittel zur Feststellung der rechtlichen Bedeutung der Mitunterschrift 5

§ 3. Die Voraussetzungen des Vermieterpfandrechtes . . . 7

§ 4. Mögliche rechtliche Bedeutung der Mitunterschrift der Ehefrau 9

Erster Abschnitt.

Enthält die Mitunterschrift der Ehefrau eine Bürgschaftserklärung?

A. Begriff und Wesen der Bürgschaft.

§ 5. Der Bürgschaftsbegriff und die Fassung des § 765 BGB. in ihrer Entstehung 11

§ 6. Kein Gesamtschuldverhältnis der Bürgschaft mit der verbürgten Schuld 13

I. tatsächliche Gründe 14

II. rechtliche Gründe 15

Seite

§ 7. Die Bürgschaft kein Nebenschuldverhältnis zur verbürgten Schuld 18
I. Der Begriff der Schuld 18
II. Die Realisierung der Schuld 19
III. Der Begriff der Schuld und ihrer Realisierung in seiner Anwendung auf die Bürgschaft 21
§ 8. Die Bürgschaft ein Haftungsverhältnis 22
I. Die Haftung des Bürgen 23
a) Inhalt 23
b) Subjekt 26
c) Umfang 27
II. Die Realisierung der Bürgenhaftung 27
a) Voraussetzungen 27
b) Art 29
c) Folge 30

B. Bürgschaft der Ehefrau für die Mietschuld ihres Ehemannes.

§ 9. Der Wortlaut von Mietverträgen und die Mitunterschrift der Ehefrau als Bürgschaftserklärung . . . 31
§ 10. Der Bürgschaftsvertrag und seine in der Person der Ehefrau liegenden Voraussetzungen 32
I. Der hypothetische Wille der Ehefrau 32
II. Das rechtliche Können der Ehefrau 33
§ 11. Der Bürgschaftsvertrag und seine in der Person des Vermieters liegenden Voraussetzungen 36
I. Der hypothetische Wille des Vermieters 36
II. Vermieterpfandrecht und Bürgschaft 38
a) Intensität der Haftung 38
b) Umfang der gesicherten Forderungen . . . 40
c) Realisierung der Haftung 41
§ 12. Die Mitunterschrift der Ehefrau und die Formerfordernisse einer Bürgschaftserklärung 42

Zweiter Abschnitt.
Enthält die Mitunterschrift der Ehefrau eine Schuldbeitrittserklärung?

A. Begriff und Wesen des Schuldbeitritts.

§ 13. Schuldübernahme und Schuldbeitritt 47

Seite

§ 14. Rechtsexistenz des Schuldbeitritts 49

§ 15. Schuldbeitrittsvertrag zwischen dem Gläubiger und dem dritten 53

I. Abschluß 53

II. Rechtliche Natur 54

a) dinglich wirkend 54

b) abstrakt 56

III. Folge 60

§ 16. Schuldbeitrittsvertrag zwischen dem Urschuldner und dem dritten? 61

B. Bürgschaft und Schuldbeitritt.

§ 17. Spezielle Unterscheidung zwischen Bürgschaft und Schuldbeitritt 64

I. Inhalt } von Bürgschaft und Schuldbeitritt 64

II. Voraussetzung } von Bürgschaft und Schuldbeitritt 66

III. Entstehung } von Bürgschaft und Schuldbeitritt 69

IV. Rechtsstellung des dritten gegenüber dem Gläubiger 70

a) des Beitretenden 70

b) des Bürgen 73

§ 18. Generelle Unterscheidung zwischen Bürgschaft und Schuldbeitritt 76

I. Die eigene Entwickelungsfähigkeit der Bürgenhaftung und der Beitrittsschuld 76

II. Der Begriff des Rechtsgrundes einer Zuwendung 78

III. Der Rechtsgrund der Bürgenhaftung 80

IV. Der Rechtsgrund der Beitrittsschuld 85

§ 19. Schriftform für die Schuldbeitrittserklärung? . . . 95

C. Beitritt der Ehefrau zu der Mietschuld ihres Ehemannes.

§ 20. Parteiwille und Schuldbeitritt der Ehefrau 97

I. Der hypothetische Wille der Ehefrau 97

II. Der hypothetische Wille des Vermieters . . . 99

§ 2. Die jährliche Miete dafür ist auf ..... Mark festgesetzt, welche Mieter sich verpflichtet, in .... Raten mit ..... Mark ..... an den Vermieter oder dessen Stellvertreter zu zahlen, widrigenfalls dem Vermieter freisteht, auf sofortige Exmission des Mieters anzutragen und denselben zur sofortigen Zahlung ..... verurteilen zu lassen.

§ 3. Mieter erhält .....

N., den ..... (Datum).

V. M.
Frau M., geb. A.

Formular 3:

Mietvertrag.

Herr V. vermietet an Herrn M. und dessen Ehefrau unter deren samtverbindlicher Haftung im Hause ..... eine Wohnung bestehend aus .....

§ 3. Wegen Mängel der Wohnung, welche zur Zeit der Überlassung an den Mieter vorhanden sind, kann letzterer .....

§ 4. Der Mieter übernimmt .....

§ 5. Mieter darf in die Mieträume dauernd nur seine Familienangehörigen — Frau, Kinder — ..... aufnehmen .....

(§ 14. Für den Fall, daß ein Ehepaar mietet, wird folgendes bestimmt .....

.....)

N., den ..... (Datum).

Vermieter: **V.**

Mieter: Frau **M.**, geb. **A.**
(Name der Ehefrau).

M.
(Name des Ehemannes).

§ 2.

Zweck der Mitunterzeichnung des Mietvertrages durch die Ehefrau.

I. Die Beobachtung des täglichen Lebens lehrt, daß in der Regel der Vermieter eine Mitunterzeichnung des Mietvertrages durch die Ehefrau nur dann verlangt, wenn die wirtschaftlichen Verhältnisse und die gesellschaftliche Stellung des Ehemannes ihn für eine pünktliche ordnungsmäßige Erfüllung der Mieterpflichten nicht unter allen Umständen zu bürgen scheinen. Andernfalls wird sich ein Vermieter mit der Unterschrift des Ehemannes begnügen, und dieser dürfte das Ansuchen, seine Ehefrau den Vertrag mitunterschreiben zu lassen, sogar als beleidigend zurückweisen. Die Mitunterzeichnung der Ehefrau soll also dem Vermieter die Befriedigung seiner Forderungen, insbesondere seiner Mietzinsforderungen, sichern. [1])

II. Die Befriedigung eines Anspruchs kann entweder durch Personal- oder durch Realhaftung gesichert werden. Letztere wird als die wirksamere regelmäßig ersterer vorzuziehen sein

a) Das BGB. selbst stellt den Vermieter für seine Forderungen aus dem Mietverhältnis insofern sicher, als es ihm

[1]) Vgl. Kallmann in KGBl., 1904, S. 77; Oertmann in D. J.-Z., 1905, S. 1079; KG.-Entsch. in KGBl., 1905, S. 6.
Mittelstein nennt die Mitunterschrift der Ehefrau geradezu ein „Bestärkungsmittel" des Mietvertrages (Aufl. 1).

1. den Mieter persönlich verpflichtet (Personalsicherung, z. B. §§ 535 Satz 2, 545 Abs. 2, 548, 549 Abs. 2 BGB) und
2. ein Pfandrecht an den eingebrachten Sachen des Mieters einräumten (Realsicherung, § 559 BGB.).

Unterschreibt nun der Ehemann allein den Mietvertrag, so unterliegen auch nur seine eingebrachten Sachen dem Vermieterpfandrecht, nicht diejenigen seiner Ehefrau.[2]) Leben freilich die Ehegatten in allgemeiner Gütergemeinschaft, Errungenschafts- oder Fahrnisgemeinschaft, so erstreckt sich das Pfandrecht auch auf diejenigen zum Gesamtgut gehörenden Sachen, welche Eigentum der Frau waren (§§ 1438 Abs. 1, 1443 Abs. 1 Satz 2, 1459 Abs. 1, 1519, 1527, 1530, 1549 BGB). Aber dieser Fall wird nicht allzuoft vorkommen und am verhältnismäßig seltensten bei den wirtschaftlich minder gut situierten Eheleuten, welche die Mühe und Kosten, einen Ehevertrag vor Gericht oder einem Notar zu schließen, scheuen werden. Und gerade ihr Mobiliar wird zum weitaus überwiegenden Teile aus „den von der Frau in die Ehe eingebrachten Stücken und ihr nach § 1382 BGB. zufallenden Ersatzstücken bestehen". Da diese nun aber nicht dem Vermieter als Pfandobjekte haften, wird dessen Pfandrecht dadurch seines größten Wertes beraubt, wo er seiner gerade am nötigsten bedarf.

b) In solchen Fällen ist der Vermieter daher gezwungen sich nach einer anderweiten Sicherung seiner Ansprüche gegen den Ehemann umzusehen. Zwei naheliegende Wege bieten sich ihm da: er bestimmt die Ehefrau des Schuldners entweder

1. zu der verpflichtenden Erklärung, daß sie für die Schuld ihres Ehemannes persönlich hafte (Personalsicherung), oder
2. zu der vertragsmäßigen Einräumung eines Pfandrechtes an den von ihr in die Mietwohnung eingebrachten Sachen (Realsicherung).

---

[2]) Allerdings kommt dem Vermieter die Vermutung des § 1362 BGB. zu statten, wonach er wegen seiner Ansprüche gegen den Ehemann alle in dessen Besitz befindlichen Sachen zurückhalten und den Nachweis abwarten kann, daß sie dem Manne nicht gehören. Ebenso Planck, § 559, Bem. 2, b *a*.

Regelmäßig wird nun der Vermieter in allererster Linie eine Ausdehnung seines Pfandrechtes erstreben. Indes verschließt sich ihm die Möglichkeit zu 2, weil das BGB. als vertragsmäßiges Pfandrecht an beweglichen Sachen nur das Faustpfandrecht anerkennt, zur Bestellung des Pfandrechtes also erfordert, „daß der Eigentümer die Sache dem Gläubiger übergibt und beide darüber einig sind, daß dem Gläubiger das Pfandrecht zustehen soll“ (§ 1205 Abs. 1 Satz 1 BGB.). Nun wird aber weder die Frau willens sein, den unmittelbaren Besitz ihrer Haushaltungsgegenstände zugunsten des Vermieters aufzugeben, noch wird dieser bereit sein, die Kosten und Mühen einer Aufbewahrung der Pfandsachen (§ 1215 BGB.) zu tragen.

Aus ureigenstem Interesse wird also der Vermieter den Weg zu 2 nicht wählen, vielmehr es darauf absehen, die Ehefrau persönlich für die Schuld ihres Mannes zu verpflichten (Personalsicherung) und dadurch zugleich auch die von ihr eingebrachten Sachen seinem gesetzlichen Pfandrecht zu unterwerfen. Beides sucht er dadurch zu erreichen, daß er die Ehefrau veranlaßt, den Mietvertrag mitzuunterschreiben.

III. Es bedarf der näheren Untersuchung, in welche rechtlichen Beziehungen zu dem Vermieter die Ehefrau durch ihre Unterschrift tritt, insbesondere ob sie nur eine persönliche Verpflichtung eingeht, ohne daß sich das Pfandrecht des Vermieters auf die von ihr eingebrachten Sachen erstreckt, oder ob beides, Personal- und Realsicherung, vorliegt.

Um für die Beantwortung dieser Fragen einen einigermaßen sicheren Anhaltspunkt zu gewinnen, wird man zunächst, da die in der Unterschrift liegende Erklärung in dieser als solcher keinen bestimmten Ausdruck gefunden hat, versuchen, den Parteiwillen, d. h. den Willen des Vermieters und den der Ehefrau des Mieters, festzustellen. Sowohl der Vermieter als auch regelmäßig die Ehefrau sind sich bewußt, daß die Mitunterzeichnung des Mietvertrages vor allen Dingen die Funktion hat, die Erfüllung der dem Ehemann als Mieter obliegenden Verpflichtungen zu sichern. Dieser Sicherungszweck zielt auf die Mitverpflichtung der Ehefrau ab, so daß die Annahme, es setze die Ehefrau lediglich „als Zeugin“

ihren Namen mit unter den Vertrag, sich fast von selbst verbietet. Indes verbindet sich weder beim Vermieter noch bei der Ehefrau mit dem Bewußtsein von der schlechthin verpflichtenden Bedeutung der Unterschrift eine auch nur halbwegs klare Vorstellung davon, welche neue Verpflichtung eigentlich nun neben die des Ehemanns treten soll und getreten ist. Dieser Mangel an Klarheit entspricht dem Parteiwillen, der gewöhnlich nur auf Sicherung der Ansprüche des Vermieters schlechthin, nicht auf Schaffung einer konkreten, diese Sicherungsfunktion erfüllenden rechtsgeschäftlichen Verpflichtung der Ehefrau bedacht ist. Die Parteien begnügen sich mit der Einigung über das Ziel, die Sicherung einer Forderung, ohne sich über den zum Ziele führenden Weg geeinigt zu haben. Infolgedessen wird die Erforschung des wirklichen Geschäftswillens der Parteien (§ 133 BGB.) in den meisten Fällen nur zu einem negativen, unbrauchbaren Resultate führen und es nicht ermöglichen, nach ihm den mit der Unterschrift der Ehefrau verbundenen Rechtserfolg auch nur einigermaßen sicher abzugrenzen. Hier, wo also aus der Form der Willensäußerung und den sie im täglichen Leben begleitenden tatsächlichen Umständen sich der Parteiwille nicht mit genügender Deutlichkeit ergibt, kann allein die Betrachtung und Abwägung der mit jenem Akte erweislich verfolgten wirtschaftlichen Zwecke eine Lösung bringen.[3])

„Nicht als ob deshalb die Bedeutsamkeit des Parteiwillens im rechtsgeschäftlichen Verkehr angetastet werden dürfte: was die Beteiligten erweislich gewollt haben, bleibt in dem durch besondere Verbote und zwingende Gesetze gewiesenen Rahmen in erster Reihe maßgebend. Wo sich aber ein so oder so beschaffener Wille nicht ermitteln läßt, muß die Fragestellung auf das gerichtet werden, was den erweislichen Vertragszwecken am besten dient. Man kann das wohl auch so auffassen: an Stelle des wirklichen tritt der hypothetische Parteiwille, der Wille, den die Parteien vermutlich gehabt und

[3]) So von Blume in Iher. Jahrb., Bd. 39, S. 407; Oertmann in der D. J.-Z., 1905, S. 1080. Ähnlich Regelsberger in Iher. Jahrb., Bd. 39, S. 467.

erklärt haben würden, wenn sie sich über Eigenart und Bedeutung der zur Erreichung des vorgesetzten Zweckes dienlichen Mittel genügend klar gewesen wären.“ Denn die Rechtsordnung hat dem einzelnen seine rechtsgeschäftliche Bestimmungsfreiheit nicht zur Betätigung sinnlosen, souveränen Beliebens, sondern mit Rücksicht darauf verliehen, „daß er seine Zwecke und Interessen grundsätzlich am besten kennen und verfolgen wird.“ [4])

Aber diese Erwägung darf nicht dazu verleiten, in dem Geschäftszweck auch dann den alleinigen Auslegungsbehelf zu sehen, wenn er sich rechtlich auf verschiedene Weise verwirklichen läßt.[5]) Denn die Parteien stehen dann — ob mehr oder weniger bewußt, ist gleichgültig — vor der Wahl des rechtlichen Mittels, welches ihnen rechtsgeschäftlich festgelegt zur Erreichung des vorgesetzten praktischen Zweckes dienen soll. Daher muß der Richter, obwohl ihm der Zweck der Parteivereinbarung klar ist, weiter nach Anhaltspunkten für die von den Parteien gewollte Art der Verpflichtung suchen. Er darf ihrem Handeln nicht ohne weiteres die weitgehendste Einsicht unterstellen, da ein Fehlgriff der Parteien in der Wahl des Mittels denkbar ist.[6])

§ 3.

Die Voraussetzungen des Vermieterpfandrechtes.

Geht man mit mir davon aus, daß der Vermieter, wenn er die Ehefrau den Mietvertrag ihres Ehemannes mitunterschreiben läßt, eine Ausdehnung seines gesetzlichen Pfandrechtes auf die von ihr eingebrachten Sachen herbeiführen will [1]), so hat man damit zunächst das Ziel festgelegt, das der Vermieter im Auge hat. Welchen Weg die Parteien einschlagen können, müssen und werden, um dieses Ziel zu erreichen, das festzustellen ist die Aufgabe dieser Arbeit.

---

[4]) So Oertmann in der D. J.-Z., 1905, S. 1081.

[5]) Das scheinen v. Blume und Oertmann a. a. O. zu übersehen. Vergl. aber Regelsberger, a. a. O.

[6]) So Regelsberger in Iher. Jahrb., Bd. 39, S. 467—468.

[1]) Siehe oben § 2, IIb.

Bevor ich aber unter den Wegen, die sich den Parteien auf den ersten Blick zu bieten scheinen, die unzugänglichen auszuscheiden versuche, muß ich die für den vorliegenden Fall wesentlichen Eigenschaften des Zieles erörtern, das den Parteien mehr oder weniger bewußt und gewollt vorschwebt.

Nach §§ 559 Satz 1, 580 BGB. hat der Vermieter eines Grundstücks, von Wohnräumen und anderen Räumen „für seine Forderungen aus dem Mietverhältnis ein Pfandrecht an den eingebrachten Sachen des Mieters".

Daß dem gesetzlichen Pfandrechte des Vermieters nur Sachen, also nur körperliche Gegenstände (§ 90 BGB.) unterliegen, daß ihm ferner nur Sachen unterliegen, die „eingebracht" sind, ist für diesen Zusammenhang von untergeordneter Bedeutung. Denn Zweifel darüber, ob ein konkreter Gegenstand eine Sache ist und ob er als im Sinne von § 559 BGB. eingebracht zu gelten hat, können sich auch dann erheben, wenn nur der Ehemann den Mietvertrag unterzeichnet hat. Vielmehr ist hier das Hauptgewicht darauf zu legen, daß von dem gesetzlichen Pfandrecht des Vermieters nur die Sachen des Mieters, d. h. Sachen, an denen der Mieter Eigentum hat, ergriffen werden. Es fragt sich also: wer ist „Mieter"?

Die Miete ist ein Schuldverhältnis; denn die für sie aufgestellten Rechtsnormen finden sich im 2. Buche des BGB. im 7. Abschnitt, der nach seiner Überschrift die „einzelnen Schuldverhältnisse" regelt. Bei der Miete handelt es sich ferner, wie die Wendung „Mietvertrag" im § 535 BGB. beweist, um ein Schuldverhältnis, dem ein Vertrag zugrunde liegt.

Dieser Vertrag ist nun aber kein Vertrag schlechthin, sondern ein gegenseitiger Vertrag im Sinne von §§ 320 ff. BGB.[2]), d. h. ein Vertrag, aus dem notwendig beide Teile berechtigt und verpflichtet werden, der also den Austausch von Leistung und Gegenleistung bezweckt. Das ergibt sich aus § 535 BGB. Denn danach wird durch den Mietvertrag

[2]) Ebenso u. a. Mittelstein, S. 7; Goldmann-Lilienthal, § 152, 1, S. 541; Neumann, § 535, Anm. I, 1; Oertmann, Vorbem. 4 zu §§ 535 ff.; Crome, § 234, 2, S. 531.

einerseits der Vermieter verpflichtet, dem Mieter den Gebrauch der vermieteten Sache während der Mietzeit zu gewähren, andererseits der Mieter verpflichtet, dem Vermieter den vereinbarten Mietzins zu entrichten. Der Mieter ist also nicht nur Schuldner (§ 535 Satz 2 BGB.), sondern auch zugleich Gläubiger (§§ 535 Satz 1, 241 BGB.) des Vermieters.

Indem der § 535 BGB. die Hauptverpflichtungen des Vermieters und des Mieters normiert, legt er Begriff und Wesen des Mietvertrages gesetzlich fest.[3]) Daher muß jeder Mietvertrag ein gegenseitiger Vertrag sein.

Infolgedessen ist auch Mieter im Rechtssinne nur derjenige, der zu einem anderen in einem die Begriffsmerkmale des § 535 BGB. an sich tragenden Vertragsverhältnis steht.

Unterwirft also der § 559 BGB. die Sachen des Mieters dem gesetzlichen Pfandrecht des Vermieters, so unterwirft er ihm damit nur die Sachen desjenigen, der dem Pfandgläubiger gegenüber nach Maßgabe von § 535 BGB. von vornherein verpflichtet und berechtigt ist. Dem entspricht auch die Vorschrift des Gesetzes, daß der Vermieter nur für seine „Forderungen aus dem Mietverhältnis“ ein Pfandrecht hat. Es soll das obligatorische Verhältnis, das Voraussetzung und zugleich Gegenstand des gesetzlichen Vermieterpfandrechtes ist,

1. zwischen dem Pfandgläubiger (= Vermieter) und demjenigen, dessen Sachen als Pfand haften, bestehen und
2. ein Mietverhältnis, d. h. ein begrifflich unter den § 535 BGB. subsumierbares Vertragsverhältnis sein.

§ 4.

Mögliche rechtliche Bedeutung der Mitunterschrift der Ehefrau.

Überblickt man die gegebene Rechtslage, so wird man gewahr, daß dem Vermieter und der Ehefrau des Mieters drei rechtliche Mittel zu Gebote stehen, die geeignet und teilweise ihrem Wesen nach sogar dazu bestimmt sind, die Befriedigung der Ansprüche des Vermieters gegen den Ehemann zu sichern,

[3]) Vergl. Mot., Bd. 2, S. 370.

und die alle drei in der Unterschrift der Ehefrau ihre sinnlich wahrnehmbare Fixierung finden können:

1. Bürgschaft,
2. Schuldbeitritt (sogen. kumulative oder bestärkende Schuldübernahme)[1]),
3. Gesamtmietverhältnis.

Welches dieser drei Rechtsverhältnisse unserem Falle zugrunde liegt, soll im Hinblick auf den von den Parteien verfolgten Sicherungszweck ermittelt werden. Dabei soll aber auch gleichzeitig der Versuch gemacht werden, die drei genannten Rechtsfiguren auf ihren Begriff und ihre Tatbestandsmerkmale, ihre Existenz und Existenzberechtigung zu prüfen und gegebenenfalls gegeneinander abzugrenzen.

[1]) Seine Existenz als selbständiges Rechtsinstitut, die ich hier in Übereinstimmung mit Literatur und Praxis annehme, soll in dieser Arbeit eingehend untersucht werden. Über die Rechtfertigung der sich empfehlenden Bezeichnung „Schuldbeitritt“ vgl. übrigens Westerkamp, S. 17—18; Enneccerus, § 417, I, S. 1061; von Thur in D. J.-Z., S. 1177; sowie unten Text § 13, a. E.

Erster Abschnitt.

Enthält die Mitunterschrift der Ehefrau eine Bürgschaftserklärung?

A. Begriff und Wesen der Bürgschaft.[1])

§ 5.

Der Bürgschaftsbegriff und die Fassung des § 765 BGB. in ihrer Entstehung.

Betrachtet man den Wortlaut des § 765 Abs. 1 BGB., „Der Bürge verpflichtet sich, für die Erfüllung der Verbindlichkeit eines dritten einzustehen", so könnte man auf den Gedanken kommen, das von dem Gesetzgeber nur selten[2]) gebrauchte und darum vielleicht um so mehr bemerkenswerte Wort „Einstehen" habe zum Ausdruck dessen gedient, daß Begriff und Wesen der Bürgschaft ein im Vergleich mit dem anderer Schuldverhältnisse oder gar dem des Schuldverhältnisses überhaupt vielleicht eigenartiges Gepräge trage, daß die Bürgenhaftung ein ganz spezifisches Gehalt auszeichne. Indes dürfte man diesen Gedanken nicht weiter spinnen, ohne zuvor auch geprüft zu haben, ob denn die Entstehung des Wortlautes von § 765 Abs. 1 BGB. es empfehle oder etwa rechtfertige, zur Gewinnung des Bürgschaftsbegriffes sich allzu hartnäckig und allzu hoffnungsvoll an das Wort „Einstehen" zu klammern.

[1]) Die dem gewidmeten Ausführungen werden einen breiteren Platz einnehmen, weil ich so die Grundlage für die theoretische Unterscheidung von Bürgschaft und Schuldbeitritt gewinnen will.

[2]) Vergl. z. B. § 277 BGB. und die diesem Paragraphen verwandten Bestimmungen, wie §§ 690, 708 BGB. u. a. m.; vergl. aber ferner § 1481 BGB.!

Zufolge § 668 des Entwurfes I eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich[3]) bestand die dem Bürgen kraft des Bürgschaftsvertrages dem Gläubiger eines dritten gegenüber obliegende Verpflichtung darin, die „Verbindlichkeit des letzteren zu erfüllen, wenn die anderweite Erfüllung derselben unterbleibt". Diese Begriffsbestimmung der Bürgschaft scheinen die Redaktoren des Entwurfs I in den Einzelvorschriften über die Bürgschaft nicht ganz streng festgehalten zu haben. Allerdings spricht der § 671, Abs. 1 in Übereinstimmung mit § 668, Abs. 1 davon, daß „die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit" vom Bürgen auf Grund der dem Hauptschuldner gegen die verbürgte Forderung zustehenden Einreden verweigert werden könne. Aber stutzig machen muß einmal die Fassung des § 672 Abs. 1, daß der Bürge „haftet für die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit", und zum anderen die des § 674 Abs. 1. Denn weshalb heißt es hier, der Bürge dürfe die „Erfüllung seiner Verbindlichkeit" so lange verweigern, bis der Hauptschuldner von dem Gläubiger ausgeklagt worden sei (Einrede der Vorausklage), und weshalb heißt es nicht vielmehr in Anpassung an § 671: Der Bürge ist berechtigt, die „Erfüllung der Hauptverbindlichkeit" . . . zu verweigern . .?

Sollte etwa die Verpflichtung, „die Verbindlichkeit eines dritten zu erfüllen", sich begrifflich und inhaltlich unterscheiden von der Verpflichtung, „für die Erfüllung der Verbindlichkeit eines dritten zu haften"?

Die unmittelbare Beantwortung dieser Frage muß einstweilen etwas zurückgestellt werden. Jedenfalls gibt schon zunächst die Tatsache zu denken Anlaß, daß in den weiteren Vorarbeiten zum BGB. und in diesem selbst

1. die Bürgenverpflichtung als „Einstehen für die Erfüllung der Verbindlichkeit eines dritten" definiert wird (§ 706 Abs. 1 Entwurf II — § 765 Abs. 1 BGB.) und
2. anstatt der Fassung „der Bürge kann die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit . . . . . verweigern" sich entweder
   α) eine wesentlich andere Fassung unter Ausmerzung

[3]) Aus dem Jahre 1888.

der Worte „Erfüllung der Hauptverbindlichkeit (§ 671 Abs. 1 Entwurf I — § 707 Abs. 1 Entwurf II — § 768 Abs. 1 BGB.) oder

β) wenigstens deren Ersetzung durch die Worte „Befriedigung des Gläubigers“ findet (§ 674 Abs. 1 Entwurf I — § 711 Abs. 1 Entwurf II — § 771 BGB.).[4])

Aber — und das fällt auf den ersten Blick hin auf — alle diese Änderungen sollten, was schon allein der Umstand, daß sie von der Redaktionskommission vorgenommen worden sind, und zum Überfluß noch die Protokolle[5]) selbst beweisen, nicht sachlicher, nicht materieller, sondern rein formeller Natur sein. Ich erkläre mir das folgendermaßen: Den Mitgliedern der zweiten Kommission scheint der Wortlaut einzelner Bestimmungen über die Bürgschaft im Entwurf I, insbesondere der Wortlaut des einleitenden § 668 Begriff und Wesen der Bürgschaft, wie sie dem ersten Entwurf zugrunde gelegt waren und gleichermaßen für den zweiten beibehalten werden sollten, nicht prägnant genug wiedergespiegelt zu haben. Nur deshalb erblickten sie keine sachlichen Änderungen in den oben angeführten. Ob sie damit aber gleichzeitig die „Verpflichtung eines dritten zu erfüllen“ der „Verpflichtung, für die Erfüllung der Verbindlichkeit eines dritten zu haften, einzustehen“ auch gemeinhin in sachlicher Hinsicht haben gleichsetzen wollen, erscheint mir fraglich und mindestens der Beachtung wert.

Gleichwohl bietet die Fassung des § 765 BGB., in ihrer Entstehung betrachtet, noch keinen genügenden Anhalt dafür aus ihr allein so ohne weiteres Schlüsse auf die Eigenart des Wesens der Bürgschaft zu ziehen.

§ 6.

Kein Gesamtschuldverhältnis der Bürgschaft mit der verbürgten Schuld.

Wäre der Bürge wirklich verpflichtet, die Verbindlichkeit des Hauptschuldners — so nennt das BGB. fälschlicherweise

[4]) Vgl. auch § 710 Entwurf II, § 770 BGB.

[5]) Vergl. Protokolle, Bd. II, S. 461 (§ 668), S. 464 (§ 671), S. 469, 674.

den dritten — zu erfüllen. so hieße das doch nichts anderes als: er wäre verpflichtet, die den Gegenstand des Hauptvertrages bildende Leistung zu erbringen. Dann wäre aber seine Verpflichtung inhaltlich und gegenständlich mit der des „Hauptschuldners" identisch. Beide, Bürge und Hauptschuldner, schuldeten dann eine d. h. eine und dieselbe Leistung in der Weise, daß jeder die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet, der Gläubiger aber die Leistung nur einmal zu fordern berechtigt wäre. Mit anderen Worten: Bürge und Hauptschuldner wären Gesamtschuldner (§ 421 BGB.). Eine derartige Konstruktion der Bürgschaft des BGB. ist indes aus folgenden Gründen verfehlt:

I. Die Bürgschaft kann, wie die in Literatur und Praxis herrschende Meinung[1]) mit Recht anerkennt, nicht nur für Verpflichtungen auf vertretbare Leistungen, sondern schlechthin für Verpflichtungen jeder Art übernommen werden. Für die gegenteilige Ansicht[2]) bietet das BGB. selbst keine Handhabe.[3]) Es ist also auch zulässig, eine Bürgschaft für Verpflichtungen auf höchstpersönliche, d. h. nach Absicht der Parteien oder nach Art des Obligationsgegenstandes nur durch den Hauptschuldner zu erbringende Leistungen, für Verpflichtungen auf ein Dulden oder Unterlassen einzugehen. Zum Beispiel: A. hat sich B. gegenüber, der in einem Zweifamilienhause über ihm wohnt, verpflichtet, zu bestimmten Tageszeiten nicht Klavier zu spielen; C., der in einem ganz anderen Hause wohnt, hat sich bei B. für die Erfüllung dieser Unterlassungspflicht des A. verbürgt. Wäre nun C. als Bürge Gesamtschuldner, so würde er dieselbe Leistung wie A. schulden, d. h. in dem unter der

[1]) Planck, § 765, Bem. 7; Cosack, § 158, II, 1, S. 582; Oertmann, Vorbem. 3a zu §§ 765 ff.; Goldmann-Lilienthal, § 209, I, 3, S. 812; Düringer-Hachenburg, HGB., § 349, Bem. II, 3a, S. 263; Westerkamp, S. 151, 155; Isay, in Iher. Jahrb., Bd. 48, S. 194, 199, 200; Siber, Rechtszwang, S. 237; Staudinger, § 765, Bem. 4, u. a. m.

[2]) Crome, § 295, 2, S. 869—870; Endemann, § 190, 1a, S. 1194, u. a. m. Unklar Herms, S. 13—14.

[3]) Argumentum e contrario aus § 772 Abs. 1 BGB.; vergl. auch Motive, Bd. 2, Seite 659: „Durch die Fassung des Entwurfs ist auch die Deutung ausgeschlossen, Bürgschaft sei nur zulässig für eine Geldforderung."

Wohnung des B. liegenden Stockwerk des Zweifamilienhauses das Klavierspielen während bestimmter Tagesstunden zu unterlassen. Das kann ja C. aber gar nicht, da er nicht in demselben Hause wie B. wohnt. Am allerwenigsten wäre dem Gläubiger B. selbst damit gedient, für den Fall, daß A. seiner Verpflichtung zuwiderhandelt, nun von C. Beobachtung der von jenem übernommenen Unterlassungspflicht verlangen zu dürfen. Daraus erhellt schon, daß der Bürge nicht Gesamtschuldner sein kann; aber nicht nur daraus.

II. Erzeugte nämlich die Eingehung einer Bürgschaft wirklich ein Gesamtschuldverhältnis, so müßte

a) der Gläubiger auch die Wahl haben, ob er den Hauptschuldner oder den Bürgen in Anspruch nehmen wollte (§ 421 BGB.). Das ist aber nicht der Fall. Denn dem Bürgen als solchem steht die Einrede der Vorausklage (§ 771 BGB.) zu, so daß er erst nach dem Hauptschuldner mit Erfolg in Anspruch genommen werden kann, und nur unter besonderen Umständen (§ 773 BGB.) ist ihm diese Einrede versagt. Aber selbst wenn sie ihm versagt ist, insbesondere wenn er sich als Selbstschuldner verbürgt hat (§ 773 Abs. 1 Ziff. 1 BGB.), so ist damit der Bürge doch noch nicht Hauptschuldner geworden. Denn im § 773 Abs. 1 Ziff. 1 BGB. liegt der Hauptton auf den Worten „sich verbürgt". Eine Bürgschaft überhaupt muß vorliegen. Erst dann ist die logische und rechtliche Grundlage gegeben, von einem Verzicht auf die Einrede der Vorausklage zu sprechen.[4]) Daraus nun, daß hier der Bürge nicht geltend machen kann, der Gläubiger habe bisher noch keine Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner versucht (§ 771 BGB.), folgt doch noch nicht mit zwingender Notwendigkeit: der Bürge hafte nun neben dem Hauptschuldner in gleicher Weise wie dieser, d. h. der Gläubiger könne, sobald sein Anspruch fällig ist, sofort auch gegen den Bürgen klageweise vorgehen.[5]) Dagegen kann ja immerhin auch im Begriff

[4]) Vgl. darüber namentlich Helmolt, Die Korrealobligation, S. 122, Anm. 22; Westerkamp, S. 305—306.

[5]) Daß der Gläubiger die Haftung des gewöhnlichen Bürgen nicht schon dann, wenn sein Anspruch gegen den Hauptschuldner fällig ge-

und Wesen der selbstschuldnerischen Bürgschaft noch ein gewisses subsidiäres Element liegen etwa der Art, daß den Gläubiger nicht schon die Fälligkeit seines Anspruchs gegen den Hauptschuldner, sondern vielleicht erst der Verzug des Hauptschuldners berechtigt, sich an den Bürgen zu halten.[6]) Indes, wie dem auch sein mag, jedenfalls ist

b) für die Realisierbarkeit der Haftung des Bürgen das Bestehen einer Verbindlichkeit auf seiten des Hauptschuldners unbedingte Voraussetzung, wenn auch die Haftung selbst an dieses Erfordernis nicht geknüpft ist (§ 765 Abs. 2 BGB.). Dieses akzessorische Element[7]) ist aber der Gesamtschuld vollkommen fremd. Jeder Gesamtschuldner ist auch dann verpflichtet, wenn seiner Erwartung oder seinem Willen zuwider sein Mitschuldner, z. B. weil er geschäftsunfähig wird, überhaupt nicht verpflichtet wird oder nicht verpflichtet bleibt.[8]) Schließlich dürfte auch

worden ist, zu realisieren vermag, bewirkt die jenem gewährte Einrede der Vorausklage.

[6]) Diese Frage, deren Beantwortung gerade für die Unterscheidung der Gesamtschuld von der selbstschuldnerischen Bürgschaft m. E. so überaus dienlich ist, hier aber noch nicht versucht werden soll (vergl. Text § 8, II a) hat die Theorie meines Wissens leider noch nie in der oben gewählten Formulierung aufgeworfen. Auch Unger ist sich in Iher. Jahrb., Bd. 29, S. 14, der oben angedeuteten Möglichkeit nicht bewußt.

[7]) das sich in jenem Erfordernis erschöpft und deshalb unter keinen Umständen damit verwechselt werden darf, was außerdem gemeiniglich unter der akzessorischen Natur der Bürgschaft verstanden zu werden pflegt, nämlich inwieweit der Umfang der Bürgenhaftung sich nach dem Bestande der Hauptverbindlichkeit richtet (§ 767 BGB.). Denn was den Haftungsumfang und dessen Bestimmbarkeit anbetrifft, besteht zwischen Bürgschaft und Gesamtschuld rechtlich keineswegs ein fundamentaler Unterschied. Einmal bietet insbesondere die einschränkende Bestimmung des § 425 Absatz 1 BGB., „soweit sich nicht aus dem Schuldverhältnis ein anderes ergibt", den Parteien die Möglichkeit, auch den Umfang der einen Gesamtschuld dem der anderen akzessorisch zu gestalten, und zum anderen ist die Abhängigkeit des Umfanges der Bürgenhaftung von dem Bestande der Hauptverbindlichkeit z. B. dann gleich Null, wenn die Bürgschaft auf einen die Hauptforderung nicht erreichenden Maximalbetrag beschränkt worden ist. Vgl. auch Last, S. 102.

[8]) So Richter, Die Bürgschaft kein Schuld-, sondern ein Haftungsverhältnis, S. 37.

c) Der Umstand, daß auf das Regreßverhältnis des Bürgen, auch des selbstschuldnerischen, zum Hauptschuldner der § 774 BGB. und nicht der § 426 BGB. Anwendung findet, verbieten, in dem Bürgen einen Gesamtschuldner zu erblicken. Denn während die Gesamtschuldner im Innenverhältnis anteilig verpflichtet sind (§ 426 Abs. 1 Satz 1 BGB.) und während derjenige Gesamtschuldner, der den Gläubiger voll befriedigt, dessen Forderung gegen den anderen Gesamtschuldner doch nicht in vollem Umfange, sondern nur insoweit, als er von ihm Ausgleichung verlangen kann, kraft Gesetzes erwirbt (§ 426 Abs. 2 Satz 1 BGB.), geht auf den den Gläubiger voll befriedigenden Bürgen auch dessen ganze Forderung gegen den Hauptschuldner über (§ 774 Abs. 1 Satz 1 BGB.).

Dieser Vergleich positiver Gesetzesbestimmungen ergibt also, daß der Bürge, mag er die Einrede der Vorausklage haben oder nicht, niemals Gesamtschuldner ist.[9]) Die Bestimmungen über Gesamtschuldverhältnisse dürfen auf die Bürgschaft überhaupt nur insoweit angewendet werden, als in den Vorschriften über letztere auf erstere ausdrücklich Bezug genommen ist: §§ 769, 774 Abs. 2 BGB.[10])

[9]) **1. Zustimmend:** Enneccerus, § 411, I, 1b, S. 1045; Cosack § 158, VII, 1c, S. 590; Siber, Rechtszwang, S. 257; Westerkamp Bürgschaft und Schuldbeitritt, S. 154, 252–253; Witte in der Juristischen Monatsschrift für Posen etc., 1903, S. 69ff.; Sievers im R., 1903, S. 251 Richter, S. 37, 41; Sächs. OLG., Bd. 24, S. 266; im wesentlichen wohl auch Oertmann, Vorbem. 5aα zu §§ 420ff., Bem. 2a zu § 773; v. Staudinger, § 773, Bem. 1α, γ (damit allerdings in krassem Widerspruch Bem. 4a zu § 766, wo v. St. einen Satz eines Reichsgerichtsurteils einfach wörtlich wiedergibt), KG. in KGBl., 1907, S. 125. Vergl. auch Protokolle, II, S. 471. **2. A. M.:** Planck, § 421, Bem. 1 (Bürgschaft = akzessorische Gesamtschuld); Herms, S. 18; Schollmeyer, Vorbem. 3 zu §§ 420ff.; Schneider in Ztschr. f. Rechtspfl. i. Bay., 1909, S. 2ff.; RGE., Bd. 64, S. 318ff. — J. W., 1907, S. 47 = D. J.-Z., 1907, S. 187 = R., 1907, S. 697 („aber nicht jede Begründung eines Gesamtschuldverhältnisses .... enthält eine Verbürgung"); Bay. OLG., Bd. 4, S. 335; Sächs. Arch. f. Rechtspfl., 1906, S. 103.

Zweifelhaft: Crome, vergl. jedoch § 295, Anm. 5 (Bürgschaft: keine einfache Gesamtschuld); OLG. Dresden im Sächs. A., Bd. 15, S. 101ff. = R., 1905, S. 224, Nr. 987.

[10]) Ebenso RG. in Seuff. Bl., 1907, S. 740 = R., 1907, S. 446; Sievers im R., 1903, S. 251.

§ 7.

Die Bürgschaft kein Nebenschuldverhältnis zur verbürgten Schuld.

Ist denn der Bürge überhaupt Schuldner? Wenn auch nicht gerade Gesamt-, so doch vielleicht Nach- oder Nebenschuldner?[1])

Die Beantwortung dieser Frage erheischt zunächst eine knappe Darstellung des Schuldbegriffes.

I. Die Schuld ist der rechtlich erhebliche Zustand des Sollens für eine Person[2]), und zwar

1. für den Schuldner der Zustand des Leistensollens; dieses Leistensollen kann wieder hinzielen
   - *α*) auf ein positives Tun (A. soll dem B. die vereinbarte Kaufgeldsumme zahlen, soll ihm den zur Aufbewahrung erhaltenen Brillantring zurückgeben) oder
   - *β*) auf ein negatives Tun (A. soll in seiner unter der des B. befindlichen Wohnung das Klavierspielen unterlassen, soll das Betreten seiner Wohnung durch B. dulden);
2. für den Gläubiger der Zustand des Bekommensollens (B. soll von A. die Kaufgeldsumme bekommen, den zur Aufbewahrung übergebenen Brillantring zurückbekommen, kein Klavierspielen hören, soll die Wohnung des A. betreten dürfen).[3])

[1]) So Cosack, § 158, VII, 1 c, S. 590; Crome, § 295 i. f., S. 868 „Bürgschaftsschuld"); v. Staudinger, § 765, Bem. 3; Oertmann, Vorbem. 2, 3 d zu §§ 765 ff.; Planck, § 765, Bem. 6; Enneccerus, § 412, S. 1017 ff. und § 226, Anm. 1, S. 570; Siber in Iher. Jahrb., Bd. 50, S. 108; Siber, Rechtszwang, S. 237 ff.; Goldmann-Lilienthal, § 209, I, 4, S. 812; Westerkamp, S. 169 ff., u. a. m. Vergl. auch Motive, II, S. 661.

[2]) Eine Sache kann nicht schulden. Vergl. darüber besonders v. Staudinger, Vorbem. I, 1 zu §§ 241 ff.; Isay, a. a. O., S. 195; Becker in Iher. Jahrb., Bd. 49, S. 53; Richter, S. 9, 10, u. a. m.

[3]) Vergl. über den Schuldbegriff Näheres bei Siber, Rechtszwang, S. 253 ff.

Das Bekommensollen gehört als Korrelat des Leistensollens unbedingt in den Schuldbegriff hinein.[4])

Denn einerseits braucht sich die Schuld keineswegs im Leistensollen des Schuldners zu erschöpfen. Das beweist zunächst § 267 BGB. in Verbindung mit § 362 Abs. 1 BGB., denn hier erlischt die Schuld durch die Leistung eines dritten. Ferner würde, wenn die Schuld wirklich in dem Leistensollen des Schuldners aufginge, sich dieser im Fall des § 243 Abs. 2 BGB. dadurch seiner Schuld entledigen können, daß er das zur Leistung seinerseits Erforderliche tut. Dem ist aber nicht so. Vielmehr bleibt hier die Schuld trotz alledem bestehen. Und schließlich bedingt die Erfüllung mancher Schuld nicht nur tatsächlich, sondern auch rechtlich ein Tätigwerden des Gläubigers, das auf die Herbeiführung des ihm zukommenden Leistungserfolges gerichtet ist. So ist die Schuld des A., den ihm von B. zur Aufbewahrung anvertrauten Brillantring diesem zurückzugeben, nicht bereits damit, daß A. alle zur Herausgabe des Brillantringes erforderlichen Anstalten getroffen hat, seinem Leistensollen also in jeder Beziehung nachgekommen ist, sondern erst dann erfüllt, wenn B. den Ring von A. abgeholt hat (§ 295 Satz 1 in Verbindung mit § 697 BGB.).

Andererseits — und das macht den Begriff des Bekommensollens unentbehrlich — „nehmen des Gläubigers Recht aus dem Schuldverhältnis, seine Klage, seine Zwangsmittel gegen den Schuldner das Bekommensollen", nicht das Leistensollen „zum Ausgangspunkt".[5])

II. Die Schuld als solche und ihre Realisierung sind begrifflich unter allen Umständen auseinanderzuhalten.[6]) Denn

---

[4]) Vergl. v. Amira, Nordgerm. Obl.-R., Bd. 1, S. 36, 43; Puntschart, Schuldvertrag und Treugelöbnis, S. 210 ff., Grundschuldbegriff, S. 14; Siber in Ihor. Jahrb., Bd. 50, S. 85—86, 173—174; Westerkamp, S. 140—141; Richter, S. 11—13.

[5]) So Westerkamp, S. 140; vergl. auch Richter, S. 12; Siber, Rechtszwang, S. 160, 161.

[6]) Mit Recht hat dies neuerdings Richter (S. 13 ff.) auf das nachdrücklichste hervorgehoben.

die Schuld stellt einen Zustand, ihre Realisierung das Tätigwerden einer Person dar. Allerdings steht die Schuld zu ihrer Erfüllung in einer gewissen Beziehung, nämlich im Verhältnis von Grund und Folge. Weil der Schuldner weiß, daß er leisten soll, darum leistet er, um die Schuld zu erfüllen. Weil der Gläubiger weiß, daß er bekommen soll, darum schreitet er zur Realisierung der Schuld.

Die Erfüllung zeigt zwei Erscheinungsformen: freiwillige Erfüllung — Zwangserfüllung.

1. Die freiwillige Erfüllung vollzieht sich in der Weise, daß der Schuldner, sei es aus eigenem Antriebe, sei es zufolge einer Aufforderung des Gläubigers, seinem Leistensollen durch effektives Leisten nachkommt; z. B. A. händigt seinem Gläubiger B. die geschuldete Kaufgeldsumme aus, übergibt ihm den aufbewahrten Brillantring, spielt in seiner Wohnung nicht Klavier, gestattet dem Einlaß begehrenden B. das Betreten seiner Mietwohnung.

2. Die Zwangserfüllung vollzieht sich mit Hilfe des Staates, der seine Organe auf Antrag dem Gläubiger zur Verfügung stellt oder tätig werden läßt. Kann der Gläubiger den Schuldner nicht bewegen, gutwillig zu leisten, so beantragt er im Wege der Klage, ihn zur Leistung zu verurteilen. Auf Grund des erwirkten vollstreckbaren Titels[7]) läßt er nun die Schuld zwangsweise realisieren. Zum Beispiel: B. läßt wegen der ihm von A. geschuldeten Kaufgeldsumme dessen Wertsachen durch den Gerichtsvollzieher pfänden (§§ 803, 808 ZPO.) und öffentlich versteigern (§§ 814, 820 ZPO.), um so in dem erzielten Erlös für seine Forderung Befriedigung zu finden; oder B. läßt durch den Gerichtsvollzieher dem A. den Brillantring wegnehmen (§ 883 ZPO.); oder B. läßt den A., der seiner Verpflichtung, nicht Klavier zu spielen oder das Betreten seiner Wohnung zu dulden, zuwiderhandelt, durch den Richter nach vergeblicher Strafandrohung zu einer Geldstrafe verurteilen (§ 890 ZPO.) und bewirkt dadurch, daß nun A. seine Verpflichtung erfüllt.

[7]) Ich habe hier zunächst das Leistungsurteil im Auge und will von anderen vollstreckbaren Titeln der Einfachheit halber hier absehen.

Die angeführten Beispiele beweisen gleichzeitig deutlich, daß die Zwangserfüllung in ihrem wirtschaftlichen Endergebnis für den Gläubiger der freiwilligen Erfüllung vollkommen gleicht.[8])[9])

III. Angenommen nun, der Bürge wäre Nach- oder Nebenschuldner des Hauptschuldners, so müßte die Anwendung der eben gewonnenen Leitsätze auf sein Verhältnis zum Gläubiger zeigen, daß er allerdings von letzterem erst nach dem Hauptschuldner in Anspruch genommen werden könnte, aber dennoch in Ansehung der Schuld und ihrer Realisierung sich ihm gegenüber in derselben rechtlichen Lage wie der Hauptschuldner befände: sein Leistensollen wäre mit anderen Worten inhaltlich dem des Hauptschuldners kongruent, die Bürgschaftsschuld wäre unter denselben Verhältnissen wie die Hauptschuld einer freiwilligen und zwangsweisen Erfüllung fähig, und die Erfüllung der Bürgschaftsschuld verschaffte dem Gläubiger genau das gleiche wie die der Hauptschuld.

Das ist aber nicht der Fall.

Denn hat sich z. B. C. dem B. gegenüber dafür verbürgt, daß A. den bei ihm in Verwahrung befindlichen Brillantring dem B. auch wieder zurückgebe, so kann doch um deswillen, weil C. den Ring gar nicht im Besitz hat, diesen weder

[8]) Vergl. besonders Siber in Iher. Jahrb., Bd. 50, S. 89 ff.; Siber, Rechtszwang, S. 156.

[9]) Dennoch muß man begrifflich die freiwillige Erfüllung von der Zwangserfüllung um deswillen scharf scheiden, weil es Schulden gibt, die nicht zwangsweise, sondern nur freiwillig realisiert werden können: z. B. § 762, 656 BGB. Wenn Richter (S. 16), ohne sich selbst konsequent zu bleiben, diese Schulden als schlechthin „nicht realisierbar" bezeichnet, so ist das ungenau. Steht man aber auf dem Standpunkt, daß in den angegebenen Fällen das Gesetz das Vorhandensein von wirklichen Schulden anerkennt und ihnen nur die Fähigkeit, zwangsweise realisiert zu werden, nicht beilegt, so könnte man wohl mit Recht in die Versuchung kommen, die Klag- und Vollstreckbarkeit der Schuld auch aus dem Begriff der Schulderfüllung zu eliminieren und einem selbständigen Begriff, nämlich dem der Haftung, zu unterstellen. Vergl. Isay in Iher. Jahrb., Bd. 48, S. 192, 201; Bekker in Iher. Jahrb., Bd. 49, S. 53; Puntschart, Grundschuldbegriff, S. 13; v. Staudinger, Vorbem. I, 1 zu §§ 241 ff.; Müller-Meikel, Bd. I, § 73, S. 213.

C. zurückgeben noch B. von ihm zurückbekommen sollen. Was wäre wohl dem B. damit geholfen, daß er sein Bekommensollen für den Fall, daß A. ihm nicht genügte, nun auch C. gegenüber gemäß § 883 ZPO. durchsetzen könnte? Gar nichts! Die Vollstreckung wäre von vornherein ebenso zwecklos wie widersinnig. Ferner: wenn sich C. dem B. dafür verbürgt, A. werde das Klavierspielen unterlassen oder das Betreten seiner Wohnung dulden, so entspricht doch offensichtlich ein dem des A. kongruentes Leistensollen des C. und damit korrespondierendes Bekommensollen des B. weder dem Willen des B. noch dem des C. Einmal wäre C. auch beim besten Willen nicht imstande, die so geartete Bürgschaftsschuld zu erfüllen, und zum anderen würde es dem Gläubiger B. auch nicht das geringste nützen, wenn er die Zwangsmaßregeln des § 890 ZPO. gegen den Bürgen C. zur Anwendung brächte.

Es muß doch wohl die Haftung des Bürgen nicht nur wirtschaftlich, sondern auch rechtlich anderer Natur als das Sollen des Hauptschuldners sein. Dem steht auch nicht entgegen, daß in den weitaus meisten Fällen, soweit es sich nämlich um Bürgschaften für Geldschulden handelt, die Bürgenhaftung äußerlich in derselben Weise wie die Hauptschuld realisiert wird. Durch diese Erscheinung darf man sich nicht irreführen lassen. Denn Identität der Erfüllungsart braucht doch noch nicht auch Identität des Erfüllungsgegenstandes[10]) vorauszusetzen.[11])

§ 8.

Die Bürgschaft ein Haftungsverhältnis.

Wenn in einer Anzahl von Fällen ohne weiteres klar zutage tritt, daß des Hauptschuldners Leistensollen nicht auch dem Bürgen obliegen kann, so ist wohl der Schluß verstattet, daß die rechtliche Struktur der Bürgschaft mit der des Schuld-

[10]) Unter Erfüllungsgegenstand verstehe ich die Schuld, die Haftung.

[11]) Die Realisierung einer Kaufschuld und die einer Grundschuld unterscheiden sich, sofern sie beide durch Zwangvollstreckung in ein Grundstück vollzogen werden, überhaupt nicht voneinander, und doch ist die Kaufgeldschuld begrifflich ganz etwas anderes als die Grundschuld.

verhältnisses schlechthin nichts gemein hat, daß die Bürgschaft überhaupt keine Schuld ist. Denn das kann doch nicht Inhalt der „Verpflichtung des Bürgen“ [1]) sein, was es nicht in allen ihren Anwendungsfällen sein kann.[2])

I. Und in der Tat: Der Bürge schuldet nicht, sondern haftet nur.[3])

a) Kraft des Bürgschaftsvertrages hat der Bürge gegenüber dem Gläubiger eines dritten „für die Erfüllung der Verbindlichkeit des dritten einzustehen“ (§ 765 Abs. 1 BGB.).

Man nehme nun wieder folgenden Fall: C. verbürgt sich dem B. dafür, daß A. das Betreten seiner Wohnung durch ihn (B.) dulde. Hier erklärt mit anderen Worten zunächst B. dem C.: ich bin nicht sicher, ob A. auch dulden wird, daß ich seine Wohnung betrete; da ich aber ein Interesse daran habe, daß A. es duldet, so verbürge du dich doch für die Erfüllung der Schuld des A. C. erwidert hierauf B.: Du kannst unbesorgt sein, A. wird dich schon an dem Betreten seiner Wohnung nicht hindern; aber sollte er es dennoch tun, so magst du dich dann eben an mich halten, zwar nicht in dem Sinne, daß ich dir nun den von A. geschuldeten Leistungserfolg verschaffe — das vermag ich ja gar nicht —, wohl aber in dem Sinne, daß du dich an mir für die Nichterfüllung des A. schadlos halten kannst.

Dieses Beispiel zeigt zunächst mit eklatanter Deutlichkeit, welchem Zweck die Bürgschaft dient: sie soll die Erfüllung einer fremden Schuld sichern, mag nun der Gläubiger den Schuldner nicht für kreditwürdig genug halten, mag er zu seiner persönlichen Leistungsfähigkeit oder Leistungswilligkeit nicht das rechte Zutrauen haben. Die Sicherungsfunktion der Bürgschaft zielt nun aber nicht darauf ab, daß der Bürge die von seiten des Schuldners ausgebliebene Erfüllung der Schuld an dessen Stelle nachträglich bewirken soll. Denn die „Hauptschuld“ wird mit Abschluß des Bürgschaftsvertrages nicht ein-

[1]) Ausdruck des Gesetzes: z. B. § 767 Abs. 1 Satz 1 BGB.

[2]) So Westerkamp, S. 155.

[3]) Vergl. zu den weiteren Ausführungen besonders Richter, S. 18 ff., S. 44 ff.

fach auf den Bürgen übergeleitet.[4]) Der Bürge soll — und kann auch oft — nicht das leisten, was der Schuldner leisten soll.

Nun vergegenwärtige man sich folgendes:

Leistensollen plus Bekommensollen gleich Schuld;[5])
die Bürgschaft enthält kein Leistensollen des Bürgen;
folglich ist sie keine Schuld.[6])

Dabei bleibt vollkommen außer Betracht, ob der Gläubiger vom Bürgen etwas bekommen soll, ob also das zweite Element des Schuldbegriffes sich auch in der Bürgschaft wiederfindet. Denn schon allein das Fehlen des ersten Elementes verbietet, der Bürgschaft die Rechtsnatur einer Schuld beizulegen.

Gewissermaßen ein Seitenstück zum Leistensollen des Schuldners bildet nun das Einstehensollen des Bürgen. Es bezweckt, dem Gläubiger für die zukünftige, in schuldhafter Nichtleistung des leistensollenden Schuldners liegende Verletzung seines Interesses an pflichtmäßiger Schulderfüllung und für die ihm daraus erwachsenden Nachteile Ersatz zu gewähren. Dieses Einstehensollen und das mit ihm offensichtlich korrespondierende Bekommensollen des Gläubigers (er soll Ersatz bekommen) stellen die der modernen Haftung wesentlichen Elemente dar. Mithin ist die Bürgschaft keine Schuld, sondern ein Haftungsverhältnis.[7])

---

[4]) Wie Endemann, S. 1193, § 191 behauptet.

[5]) Siehe oben § 7, I.

[6]) Westerkamp gibt nun allerdings zu, daß der Bürge sich nicht mit der fremden Schuld belastet, behauptet aber, er sei Träger einer eigenen Schuld, obwohl nach seiner Meinung es keinen Sinn hat, daß der, der schulde, auch für das, was er schulde, noch überdies einstehe, obwohl nach seiner Meinung das Einstehen in dem Schulden schon enthalten ist, wie das Minus in dem Plus (S. 41). Wollte Westerkamp sich konsequent bleiben, so müßte er behaupten, der Bürge belaste sich mit dem Minus der fremden Schuld, nämlich mit dem Einstehen für ihre Erfüllung, also nicht mit einer eigenen Schuld, sondern mit einer fremden, inhaltlich beschränkten Schuld.

[7]) Ebenso Isay, a. a. O., S. 193 ff., 199 ff.; Bekker, a. a. O., S. 52, 53; Richter, S. 44 ff. Anklänge an diese Auffassung finden sich schon bei v. Blume, Novation, Delegation und Schuldübertragung, S. 132.

Der Bürge haftet, aber schuldet nicht — der Hauptschuldner schuldet und haftet.

Im heutigen Recht verbindet sich nämlich regelmäßig mit der Begründung eines Schuldverhältnisses als selbstverständliche, äußerlich nicht hervortretende Begleiterscheinung die Begründung eines konnexen Haftungsverhältnisses.[8]) Auch der Schuldner hat in der Regel für die Erfüllung seiner Schuld einzustehen. Auch sein aktives Vermögen ist von vornherein, d. h. vom Entstehen der Schuld an, dem Zugriff des Gläubigers insofern ausgesetzt, als dieser sich daraus für den vom Schuldner nicht herbeigeführten Leistungserfolg ein dementsprechendes, nach dem Erfüllungsinteresse sich bemessendes Äquivalent verschaffen darf.[9])

Es bleibt daher jedem Gläubiger, für dessen Schuldner sich ein dritter verbürgt hat, unbenommen, ob er nach erfolglos versuchter Schuldrealisierung vorerst noch die Haftung des Schuldners oder sofort die des Bürgen zu realisieren versuchen will oder nicht. Darin, daß der Gläubiger diese Wahl oder überhaupt nur diese Möglichkeit hat, zeigt sich aber gerade, wie die

---

[8]) Vergl. dazu Isay, a. a. O., S. 189; Richter, S. 21. Die von Westerkamp (S. 139 ff.) gegebene Konstruktion des Bürgschaftsbegriffes erscheint mir wenig verständlich. Vergl. die treffende Kritik Richters (S. 49). In der dort angegebenen Weise widerspricht sich jedoch Westerkamp meines Wissens nicht. Aber er gerät m. E. an einer anderen Stelle in die Brüche. Er behauptet nämlich, die Verbürgung enthalte stets die Verpflichtung zu einer vertretbaren Leistung; auf das persönliche Leistungsvermögen des Bürgen komme es nicht an, seine Verpflichtung finde an seinem objektiven Können, seinem Vermögen ihre Grenze (S. 161). Hier mag Westerkamp seiner Auffassung von dem „Einstehen" des Bürgen als einem Haftungszustand — allerdings vermeidet er diesen Ausdruck (S. 142, 143) — noch allenfalls treu bleiben. Wie er aber mit seiner Ansicht, daß sich in dem Augenblicke, wo das Leistungsverlangen des Gläubigers an den Bürgen herantrete, dessen Einstehen in ein Leistenmüssen, m. a. W. in eine Schuld, verwandle (S. 169), seine Behauptung, die Bürgschaft verpflichte stets zu einer vertretbaren Leistung, in Einklang bringen will, verstehe ich nicht. Die Schuld abstrahiert keineswegs von ihrem Subjekt, auf dessen höchstpersönliche Fähigkeiten es bei ihr gerade ankommen kann.

[9]) Vergl. z. B. §§ 280, 286, 325, 326 BGB.

Bürgschaft ihrem Sicherungszweck gerecht wird: neben die das Interesse des Gläubigers gleichfalls, aber jeweils nicht immer zur Genüge sicherstellende Haftung des Schuldners tritt als weitere Sicherung die Haftung des Bürgen. Somit hat hier ein Schuldverhältnis zwei Haftungsverhältnisse hinter sich.

b) Subjekt des zweiten, in der Person des Bürgen begründeten Haftungsverhältnisses ist nun genau genommen nicht der Bürge selbst. Denn wenn auch die Person des Schuldners unter Umständen zwecks Schuldrealisierung (z. B. § 890 ZPO.) der Zwangsgewalt des Gläubigers unterworfen ist, die des Bürgen bleibt stets aus dem Spiele. Vielmehr richtet sich die aus der Haftung des Bürgen resultierende Vollstreckungsmacht des Gläubigers allein gegen die Aktiva, d. h. die Sachen und Rechte des Bürgen. Oder anders ausgedrückt: dem Gläubiger haften des Bürgen Gegenstände.[10]) Sie befinden sich in dem rechtlich erheblichen Zustand des Einstehensollens, demzufolge sie bestimmt sind, den Gläubiger wegen einer dem Bürgen fremden Schuld, eines Teiles derselben oder wenigstens im Hinblick auf ihr Entstehen für ihre eventuelle, dem Schuldner zur Last fallende Nichterfüllung schadlos zu halten.[11]) Da nur die Gegenstände des Bürgen im eigentlichen Sinne haften, kann sich der Gläubiger für die vom Schuldner nicht erbrachte Leistung auf Grund der Bürgschaft keinen anderen Ersatz als Geldersatz verschaffen. Naturalersatz kommt wegen der Natur des haftenden Subjekts schlechterdings nicht in Betracht, so daß also der § 249 BGB. auf die Bürgschaft keine Anwendung leidet.[12])

---

[10]) Ebenso Richter, S. 26, 27.

[11]) Ebenso Isay, a. a. O., S. 200; Richter, S. 52. Jedoch beachten beide m. E. nicht oder nicht genug, daß der Schuldner auch für die Nichterfüllung seiner Schuld verantwortlich sein muß.

[12]) Ebenso Isay, a. a. O., S. 200; Richter, S. 29; a. M. Siber in Iher. Jahrb., Bd. 50, S. 111, 112. Ob Geldersatz nur in der Regel zu leisten ist, wie Isay und Richter, a. a. O., ohne nähere Begründung behaupten, ob es also auch Ausnahmefälle gibt, in denen der zu leistende Ersatz tatsächlich Naturalersatz ist, diese Frage möchte ich hier offen lassen. Für ihre Bejahung könnte m. E. vielleicht folgendes Beispiel sprechen: C. hat sich bei B. dafür verbürgt, daß A. ihm den zur Verwahrung er-

c) Aus der Natur der Bürgschaft als eines Haftungsverhältnisses[13]) läßt sich durch logisches Folgern der Satz ableiten: nur wenn und soweit eine Schuld besteht, ist die Haftung des Bürgen realisierbar.[14]) Denn soll der Gläubiger befugt sein, für die Nichterfüllung der Schuld vom Bürgen Ersatz zu begehren, so setzt das eben in allererster Linie voraus, daß eine Schuld besteht, die nicht erfüllt worden ist. Ferner soll die Bürgschaft eine fremde Schuld sichern. Diese bedarf aber der Haftung als Sicherung nur insoweit, als sie besteht, nur insoweit, als sie der Gläubiger mit Erfolg durchzusetzen vermag. Würde nämlich eine Sicherung größer sein als das zu Sichernde, so verlöre sie den Charakter einer Sicherung. Daher müssen alle die Umstände, die den Umfang der Schuld verändern oder überhaupt berühren, auf den Umfang der Bürgenhaftung entsprechend einwirken. So erklären sich die Bestimmungen der §§ 767, 768, 770 BGB.

II. Wann ist die Haftung des Bürgen realisierbar?

a) Der Bürge soll einstehen. „Einstehen kann man aber nach dem Sprachsinn des Wortes nur für etwas, dessen Eintreten aus einem anderen Grunde erhofft und erwartet wird.“[15]) Das heißt: es soll zunächst abgewartet werden, ob das aus anderem Grunde Erwartete, nämlich die Erfüllung der Schuld

haltenen Brillantring wieder zurückgibt; A., ein vermögender Mann, aber augenblicklich in Zahlungsschwierigkeiten, verkauft den Brillantring an C., indem er behauptet, ihn von B. erworben zu haben: C. erwirbt in gutem Glauben Eigentum; kann nun B. den C. als Bürgen des A. auf Rückgabe des Ringes oder nur auf dessen Wertersatz verklagen? Man beachte, des Bürgen Gegenstände haften!

[13]) Ebenso Richter, S. 59 ff.

[14]) Man pflegt das in der Literatur als „akzessorische Natur“ der Bürgschaft zu bezeichnen. Vergl. z. B. Planck, Vorbem. II, 1 zu §§ 765 ff., § 765, Bem. 8; Oertmann, Vorbem. 3 zu §§ 765 ff.; v. Staudinger, § 765, Bem. 6; Enneccerus, § 412, II, S. 1048 ff.; Goldmann-Lilienthal, § 209, II, 2, S. 812, u. a. m.

[15]) So Westerkamp, S. 39; vergl. auch Unger in Iher. Jahrb. Bd. 29, S. 2, 7, 15.

durch den Schuldner, nicht ohne Zutun des Einstehenden, des Bürgen, eintritt. In diesem „Zunächst-Abwarten" liegt das dem Bürgschafts- wie überhaupt dem Haftungsbegriff subsidiäre[16]) Element: der Gläubiger soll gehalten sein, zunächst abzuwarten, ob nicht der Schuldner freiwillig oder auf eine Mahnung hin leistet. Tut der Schuldner das aber nicht, obgleich er es hätte tun müssen und können, befindet er sich also im Verzuge, so kann der Gläubiger nun den Bürgen in Anspruch nehmen.[17]) Und zwar an und für sich sofort jeden Bürgen! Der gewöhnliche Bürge ist nämlich im Gegensatz zum selbstschuldnerischen nur befugt, gegen den Klageantrag des Gläubigers einzuwenden, daß dieser eine Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner noch nicht ohne Erfolg versucht habe (§ 771 BGB.). Nicht aber ist die Tatsache fruchtloser Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner materielle Voraussetzung für die Realisierbarkeit der Haftung des gewöhnlichen Bürgen, so daß etwa der Gläubiger zur Begründung seiner gegen letzteren gerichteten Klage behaupten müßte, er habe vergeblich versucht, vom Schuldner Befriedigung zu erlangen (§ 772 BGB.).[18]) Erhebt der Bürge aber die Einrede der Vorausklage und dringt er mit ihr durch, so vermag er dadurch allerdings die Realisierung seiner Haftung hinauszuschieben und möglichenfalls überhaupt zu vereiteln. Macht der Bürge jedoch von der ihm zustehenden Einrede keinen Gebrauch, bleibt er vielleicht im Termin zur mündlichen Verhandlung aus, so muß ihn der Richter dem Antrage des Gläubigers gemäß verurteilen, und dieses Urteil ist, wenn der Bürge dagegen ein Rechtsmittel nicht einlegt oder einzulegen versäumt, nach Eintritt der Rechtskraft ohne weiteres gegen ihn vollstreckbar.

---

[16]) Ungenau, wenn Crome (§ 296, 3, S. 881) die Einrede der Vorausklage aus der „akzessorischen Natur" der „Verpflichtung" des Bürgen erklärt.

[17]) Vergl. namentlich Unger in Iher. Jahrb., Bd. 29, S. 24.

[18]) Ebenso Planck, § 771, Bem. 2; Oertmann, § 771, Bem. 1; v. Staudinger, § 771, Bem. 1; Crome, § 296, Anm. 63, S. 881; Goldmann-Lilienthal, § 210, IV, S. 817.

Also erst der Verzug des Schuldners berechtigt den Gläubiger zum Angriff gegen den Bürgen.[19])[20])

b) Wird nun der Bürge vom Gläubiger verklagt, so beginnt damit die zwangsweise Realisierung seiner Haftung. Ihr unterliegt das gesamte aktive Vermögen des Bürgen. Abgesehen davon vollzieht sie sich in derselben Weise wie die Zwangserfüllung der Schuld. Es braucht aber nicht zur Zwangsrealisierung der Bürgenhaftung zu kommen. Auch deren freiwillige Verwirklichung ist insofern denkbar, als der Bürge dem Gläubiger die dessen Bekommensollen entsprechenden Werte seines Vermögens zum Zwecke der Schadloshaltung freiwillig ausliefert. Dazu ist er berechtigt, nicht aber ver-

---

[19]) Daß die Durchsetzbarkeit der Haftung eines jeden Bürgen, auch des selbstschuldnerischen, Verzug auf Seiten des Hauptschuldners zur materiellen Voraussetzung hat, möchte ich in gewissem Gegensatz zur Literatur, die von diesem Gesichtspunkte aus wohl erst recht selten die Bürgschaft betrachtet hat, besonders betonen. Konsequenz meiner Auffassung: der Gläubiger verklagt den Bürgen, bevor der Schuldner in Verzug gekommen ist; der Bürge bleibt im Verhandlungstermin aus, der Richter ermittelt jedoch aus der Klageschrift oder durch Ausübung seines Fragerechtes, daß der Anspruch gegen den Schuldner zwar fällig, dieser aber noch nicht im Verzug ist; dann darf er, gleichgültig ob der Bürge die Einrede der Vorausklage hat oder nicht, dem Antrage des Gläubigers auf Erlaß eines Versäumnisurteils gegen den Bürgen nicht stattgeben. Ferner bestreite ich, daß in dem Versprechen des Bürgen, die Verbindlichkeit des Schuldners zur Verfallzeit sofort zu erfüllen (Sächs. BGB. § 1626), nur ein Beispiel stillschweigenden Verzichtes auf die Einrede der Vorausklage zu sehen ist (so Mot. S. 670, Örtmann, § 773, Bem. 2a). Ein solches Versprechen ist mehr als ein Verzicht auf die Einrede der Vorausklage. M. E. liegt hier eine Bürgschaft überhaupt nicht vor, zum mindesten insoweit nicht, als der Bürge auf Grund jenes Versprechens in durierem casum haften würde.

[20]) Gibt man das zu und erkennt man die Akzessorietät der Bürgschaft an, ohne aber ihr den Charakter einer Schuld abzusprechen, so gelangt man doch auf diese Weise ebenfalls zu dem Schluß, daß das gegen den Bürgen sich richtende Bekommensollen des Gläubigers in der Regel auf Geldersatz geht. Denn der Verzug des Schuldners vermag jede Forderung in eine Interesseforderung zu verwandeln. (Vergl. § 286 BGB.).

pflichtet.[21]) Denn dem Gläubiger haften ja im eigentlichsten Sinne nur die jeweiligen Gegenstände des Bürgen.[22]) Dessen Person dient bloß dazu, um das Haftungsverhältnis überhaupt zur Entstehung zu bringen.

c) Da der Bürge nicht „die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt“ (§ 362 Abs. 1 BGB.), sondern ihn nur schadlos hält, bringt die Realisierung der Haftung des Bürgen die Schuld nicht zum Erlöschen. Gleichwohl führt sie zur Befriedigung des Gläubigers und infolgedessen kraft Gesetzes dazu, daß die aus der Schuld und Haftung des Schuldners sich ergebenden Rechte des Gläubigers auf den Bürgen übergehen (§ 774 Abs. 1 BGB.), daß also nun der Schuldner dem Bürgen schuldet und haftet.[23]) Gleichzeitig geht aber auch zufolge §§ 401 Abs. 1, 412 BGB. die der Bürgschaft entspringende Berechtigung des Gläubigers auf den Bürgen über und vereinigt sich so mit dessen Einstehensollen.[24]) Ob nun diese confusio den Übergang oder nur das Ruhen der Bürgschaft zur Folge hat, könnte füglich zweifelhaft sein. Jedoch dürfte sich mit Rücksicht auf die rechtliche Natur der Bürgschaft eine analoge Anwendung der §§ 1163, 1256 Abs. 2 BGB., weil sie anerkannte Haftungsverhältnisse betreffen, empfehlen und damit die zweite Auffassung, also die Annahme einer ruhenden Bürgschaft, rechtfertigen.[25])[26])

[21]) So Richter, S. 52.

[22]) Vergl. Richter, S. 50.

[23]) Ebenso Isay, a. a. O., S. 204; Richter, S. 63, 64; vergl. aber Motive, II, S. 674.

[24]) Vergl. Isay, a. a. O., S. 204, 205 (Begründung fehlt!).

[25]) Zustimmend Richter, S. 64, 65.

[26]) Mithin sind in der Person des Bürgen vereinigt:

1. sein eigenes Einstehensollen
2. das auf seine eigene Haftung sich gründende Bekommensollen

} = ruhende Bürgschaft,

3. das gegen den Schuldner gerichtete Bekommensollen, welches basiert auf
   a) dessen Schuld
   b) dessen Haftung.

B. Bürgschaft der Ehefrau für die Mietschuld des Ehemannes.

§ 9.

Der Wortlaut von Mietverträgen und die Mitunterschrift der Ehefrau als Bürgschaftserklärung.

Indem der Vermieter die Ehefrau des Mieters den Mietvertrag mitunterschreiben läßt, sucht er sich, wie ich im § 2 ausgeführt habe, eine Sicherung für die Befriedigung seiner sich gegen den Mieter richtenden Ansprüche zu verschaffen. Der Bürgschaft ureigenster Zweck[1]) ist nun Sicherung der Erfüllung einer fremden Verbindlichkeit. Folglich liegt der Gedanke sehr nahe: die Ehefrau verbürge sich dadurch, daß sie den Mietvertrag mitunterzeichne, dem Vermieter gegenüber für dessen Schuldner, ihren Ehemann.[2])

Die Möglichkeit, dies anzunehmen, ist m. E. ausgeschlossen, wenn am Kopf des Mietvertrages als dessen Kontrahenten schlechthin V. als Vermieter einerseits und die Eheleute M. als Mieter andererseits aufgeführt sind (§ 1, Formular 2). Dann ist die Ehefrau eben mehr als Bürgin, sie ist Mieterin. Dem steht auch nicht entgegen, daß die einzelnen Paragraphen des Mietvertrages immer nur von „dem" Mieter sprechen. Denn fast alle Vertragsbestimmungen sind von vornherein vorgedruckt, und zwar die Artikel der Wörter „Mieter" und „Vermieter" ohne Ausnahme voll ausgedruckt. Sich da erst die Mühe zu nehmen, alle Artikel des Wortes „Mieter" aus der Einzahl in die Mehrzahl zu verwandeln, wird wohl dem Vermieter ebenso wie den Mietern beim Vertragsabschluß schwerlich einfallen.

Ist aber am Kopf des Mietvertrages nur der Ehemann M. als Gegenkontrahent des Vermieters V. bezeichnet, so spricht

[1]) Vergl. § 7, Ia.

[2]) Der Vermieter würde also gleichzeitig uno actu mit dem Ehemann einen Miets-, mit der Ehefrau einen Bürgschaftsvertrag abschließen. Beide Verträge in einem einheitlichen Vertrage aufgehen zu lassen, was Cosack (§ 158, II, 2, S. 582) für möglich hält, dafür liegen meines Erachtens durchaus keine zwingenden Gründe vor.

nicht das geringste gegen die Möglichkeit, die Mitunterschrift der Ehefrau als Ausdruck einer Bürgschaftsübernahme anzusehen (§ 1, Formular 1). Dasselbe könnte m. E. auch dann gelten, wenn es heißt: „Herr V. vermietet an Herrn M. und dessen Ehefrau unter deren samtverbindlicher Haftung eine Wohnung . . . . .“ (§ 1, Formular 3). Denn die Parteien könnten hiermit selbstschuldnerische Bürgschaft der Ehefrau haben vereinbaren wollen, indem sie sich bewußt oder unbewußt der unrichtigen, in der Praxis, auch in der des Reichsgerichtes, leider vertretenen Anschauung, der selbstschuldnerische Bürge hafte mit dem Schuldner samtverbindlich d. h. als Gesamtschuldner[3]), angeschlossen hätten. Indes ist diese Annahme schon um deswillen etwas gewagt, weil der Vertragstypus 3 erst der neueren Zeit entstammt. Daher empfiehlt es sich, ihn aus den Abhandlungen über die Bürgschaft ganz auszuschalten.

Ich will vorläufig zugeben, daß durch die bloße Mitunterschrift der Ehefrau die für die Bürgschaftserklärung im § 766 Satz 1 BGB. vorgeschriebene Schriftform gewahrt ist.[4]) So handelt es sich denn jetzt nur noch um die Frage, ob die Parteien, Vermieter und Ehefrau, insbesondere der Vermieter, auch wirklich den Willen gehabt haben, einen Bürgschaftsvertrag miteinander abzuschließen. Das festzustellen, ist jedoch — und hier verweise ich auf § 2 — vielleicht höchstens in fünf von hundert Fällen möglich. Daher muß, um überhaupt ein Ergebnis zu haben, die Fragestellung so lauten:

> Entspricht es den von den Parteien mit der Unterschrift der Ehefrau verfolgten Zwecken, daß diese Bürgin ihres Ehemannes wird?

§ 10.

Der Bürgschaftsvertrag und seine in der Person der Ehefrau liegenden Voraussetzungen.

I. Ein Blick in das tägliche Leben läßt keinen Zweifel darüber, daß es stets der Vermieter ist, der die Mitunterschrift

[3]) Vergl. oben § 6.
[4]) Siehe unten § 12.

der Ehefrau begehrt, während diese selbst niemals aus eigenem Antriebe ihre Unterschrift anbietet oder gar fordert. Der Ehefrau muß also wohl an ihrer Unterschrift nicht allzuviel gelegen sein. Eigene Interessen scheint sie hier nicht, höchstens erst in zweiter oder dritter Linie zu verfolgen. Die fremden Interessen aber, denen sie vielleicht hier in erster Linie zu dienen gedenkt, müssen sie wohl auch nicht so wertvoll zu sein dünken, daß sie ihretwegen die Initiative ergriffe und wenigstens dem Vermieter sich erböte, den Mietvertrag mitzuunterzeichnen.

Man hat sich die Sache in ihrer psychologischen Entwicklung wohl so vorzustellen, daß die Ehefrau den vom Vermieter mit ihrer Unterschrift verfolgten Zweck, die Erfüllung der Verpflichtungen ihres Ehemannes zu sichern, zu ihrem eigenen macht und darum ihren Namen mit unter den Mietvertrag setzt. Dadurch gleichzeitig den Kredit ihres Ehemannes bei dem Vermieter zu heben, könnte sie ja nebenbei allenfalls auch noch beabsichtigen.

Sind aber das die Zwecke, von denen die Ehefrau sich leiten läßt, so erreicht sie jedenfalls diese damit, daß sie sich für ihren Ehemann verbürgt.[1]) Diese Haftungsart würde sich also an und für sich mit ihren Interessen und demzufolge auch mit ihrem vermutlichen Willen nicht gerade in Widerspruch setzen.

II. Damit nun dieses — hypothetisch vorgestellte — Wollen auch rechtlich relevant in die Erscheinung tritt, muß sich ihm das entsprechende rechtliche Können hinzugesellen, welches die Ehefrau befähigt, ihr Wollen ohne fremde Hilfe zu verwirklichen.

[1]) Würde sie das tun, so stände sie zwar hauptsächlich für die Entrichtung des Mietzinses ein, aber ferner auch für die Befriedigung sämtlicher Ansprüche, die dem Vermieter gegen ihren Ehemann aus dem Mietverhältnis erwachsen könnten und würden, somit für die Erfüllung von künftigen und unbestimmten Verbindlichkeiten. Vgl. Entwurf I, § 669; Entwurf II, § 706, Abs. 2; BGB., § 765 Abs. 2; Prot., Bd. II, S. 463 ff.; v. Staudinger § 765, Bem. 6 a β, γ; Planck, § 765, Bem. 10, 11; Oertmann, § 765, Bem. 3 a; Cosack, § 158, II, 2, u. a. m.

Rechtsgeschäfte, durch die sich die Frau zu einer Leistung verpflichtet, bedürfen zwar an sich nicht der Zustimmung des Mannes (§ 1399 Abs. 1 BGB.), aber dann, wenn sie ihm gegenüber in Ansehung des eingebrachten Gutes wirksam sein sollen (§ 1399 Abs. 2 BGB.).

Nun verpflichtet aber gar nicht die Übernahme einer Bürgschaft — genau genommen — die Ehefrau zu einer Leistung, versetzt vielmehr sie, d. h. ihre jeweiligen Gegenstände, in den rechtlich erheblichen Zustand der Haftung. Man könnte deshalb vielleicht Zweifel hegen, ob der Bürgschaftsvertrag mit in den Kreis der Rechtsgeschäfte des § 1399 BGB. einzubeziehen ist. Jedoch beseitigt m. E. diese Zweifel eine Gegenüberstellung der sich ergänzenden §§ 1399, 1395 BGB. Der § 1395 BGB. schränkt die Verfügungsfähigkeit der Frau ein, indem er ihre Verfügungen über eingebrachtes Gut von der Zustimmung des Mannes abhängig macht. Demnach haben beide Paragraphen eins gemeinsam: sie bestimmen beide, unter welchen Voraussetzungen Rechtsgeschäfte der Frau ihre Wirksamkeit auf das eingebrachte Gut erstrecken. Aber der § 1395 BGB. betrifft nur die dinglichen, der § 1399 BGB. nur die obligatorischen Rechtsgeschäfte der Ehefrau. Der Bürgschaftsvertrag ist nun zweifellos kein dingliches, sondern ein obligatorisches Rechtsgeschäft, fällt also unter die Regel des § 1399 BGB. Um so mehr, als dessen Grundgedanke gerade auf die Bürgschaft als Haftungsverhältnis in vollem Maße zutrifft! Der Mann soll nämlich nicht der Gefahr ausgesetzt sein, daß die zwangsweise Realisierung einer Schuld seiner Frau ihm Bestandteile des seiner Verwaltung und Nutznießung unterworfenen Vermögens entzieht.[2]) Diese Folge würde aber auch die Realisierung einer Bürgenhaftung nach sich ziehen, während die Übernahme einer Bürgschaft an sich in die Rechte des Mannes nicht eingreifen würde.

Deshalb kann auch die Ehefrau ohne Zustimmung ihres Mannes einen Bürgschaftsvertrag mit dem Vermieter abschließen, auch auf Grund dessen verklagt und verurteilt werden (§ 1399

[2]) Ebenso v. Blume-Opet, § 1399, Bem. 3.

Abs. 1 BGB.). Aber die Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut braucht der Ehemann nicht zu dulden, es sei denn eben, daß er dem Bürgschaftsvertrage zugestimmt hat (§ 1399 Abs. 1 Satz 2 BGB.).[3]) In Ermangelung dessen aber kann der Vermieter sich nur an das Vorbehaltsgut der Ehefrau halten, das in den allerwenigsten Fällen zur Befriedigung seiner Ansprüche ausreichen wird (§ 1412 Abs. 1 BGB.). Will er sich darum vollkommen decken, so muß er sich der Zustimmung des Mannes zu dem Rechtsgeschäfte der Frau vergewissern. Diese Zustimmung braucht keineswegs schriftlich erteilt zu werden. Es genügt vielmehr, daß sie mündlich erklärt wird oder aus den Begleitumständen zu erkennen ist. Wenn z. B. beide, Mann und Frau, den Mietvertrag gleichzeitig ohne weiteren Zusatz unterschrieben haben, so kann man aus diesem gemeinschaftlichen Handeln in der Regel folgern, daß der Mann mit dem Rechtsakte seiner Frau einverstanden gewesen ist. Anders liegt die Sache, wenn die Ehefrau den Mietvertrag erst geraume Zeit nach seinem Abschluß auf Veranlassung des Vermieters hin unterzeichnet hat. Hier kann es unter Umständen für den Vermieter erheblich schwer sein, die Zustimmung des Mannes nachzuweisen. Deshalb empfiehlt es sich für einen vorsichtigen Vermieter unter allen Umständen, sich die Zustimmung des Mannes in schriftlicher Form geben zu lassen, und zwar gleichgültig, ob die Eheleute in dem gesetzlichen Güterstande der Verwaltung und Nutznießung oder in einem der vertragsmäßigen[4]) Güterstände leben. Nur dann, wenn zwischen ihnen Gütertrennung[5]) besteht, ist der Vermieter auf die Zustimmung des Ehemannes nicht angewiesen.

[3]) Derselben Ansicht v. Blume-Opet, § 1399, Bem. 3a; v. Staudinger, § 1399, Bem. 4, 6. Vergl. auch § 739 ZPO.!

[4]) 1. Allgemeine Gütergemeinschaft: § 1460 (Gesamtgut), §§ 1439, 1525 Abs. 2, 1412 BGB. (eingebrachtes Gut der Frau); — 2. Errungenschaftsgemeinschaft: § 1532 (Gesamtgut), §§ 1525 Abs. 2, 1412 BGB. (eingebrachtes Gut der Frau); — 3. Fahrnisgemeinschaft: §§ 1549, 1460 (Gesamtgut), §§ 1550 Abs. 2, 1412 BGB. (eingebrachtes Gut der Frau).

[5]) §§ 1426 ff. BGB. Vergl. auch Hallbauer im Bankarchiv, 1908, S. 308.

§ 11.
Der Bürgschaftsvertrag und seine in der Person des Vermieters liegenden Voraussetzungen.

Das Zustandekommen eines Bürgschaftsvertrages erfordert Übereinstimmung des — hier allerdings hypothetischen — Willens beider Parteien. Mit anderen Worten: Auch den Zwecken des Vermieters muß eine Bürgschaftsübernahme der Ehefrau entsprechen. Und zwar seinen Zwecken in allererster Linie! Denn er ist ja derjenige, der an dem ganzen Mitunterzeichnungsakt so gut wie allein interessiert ist.

I. Mit jenem Akt bezweckt der Vermieter nun weiter nichts als eine Erstreckung des ihm zustehenden Pfandrechts (§§ 559 ff. BGB.) auf die von der Ehefrau eingebrachten Sachen.

Wird dieser Zweck dadurch erreicht, daß die Ehefrau die Haftung einer Bürgin auf sich nimmt?

Der Vermieter einer Wohnung hat „für seine Forderungen aus dem Mietverhältnis ein Pfandrecht an den eingebrachten Sachen des Mieters“ (§§ 559 Satz 1, 580 BGB.). Soll dieses Pfandrecht als gesetzliches auch die Sachen der Ehefrau ergreifen, so ist dafür Voraussetzung, daß sie Mieterin ist.

Die Bürgschaft ist als Haftungsverhältnis der Annex einer fremden Schuld. Sie dient nach ihrem Zweck und Wesen dem Interesse des Gläubigers und Schuldners, nicht dem eigenen Interesse des Bürgen. Daher hat der Gesetzgeber den Bürgschaftsvertrag auch zu einem einseitigen Vertrage[1]) gestaltet. Nur der Vermieter erwirbt aus ihm Rechte, nicht auch die Ehefrau. Sie haftet für die Erfüllung der Mietschuld ihres Ehemannes, ohne dafür ein Äquivalent beanspruchen zu können.[2]) Ein solches ist nicht etwa darin zu

[1]) Ebenso Planck, Vorbem. II, 1 zu §§ 765 ff.; v. Staudinger, Vorbem. 2 d zu §§ 765 ff.; Enneccerus, § 411, I, 3, S. 1045; Cosack, § 158, IV, S. 583; Düringer-Hachenburg, Note 4 zu § 349 HGB., u. a. m.; vergl. hierzu unten § 14, Anm. 1.

[2]) Wohlgemerkt: beanspruchen zu können, und zwar in ihrer Stellung als Bürgin! Ob ihr tatsächlich ein Äquivalent zuteil wird, vielleicht

erblicken, daß sie die von ihrem Manne gemietete Wohnung mitbenutzen darf. Denn zu der Mitbenutzung ist sie zumeist schon auf Grund des Mietvertrags befugt.[3]) Andernfalls muß ihr diese Berechtigung bei Beobachtung des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 157 BGB.) mit Rücksicht auf die durch die Ehe begründete enge Lebensgemeinschaft der Ehegatten (§§ 1353 Abs. 1, 1354 Abs. 1 BGB.) zugesprochen werden, mag sie den Vertrag ihres Mannes mitunterzeichnet haben oder nicht.

Während also die Ehefrau bloß haftet, selbst nichts bekommen soll, räumt der Mietvertrag ihrem Ehemann eine weit günstigere Stellung ein. Denn ebenso wie er dem Vermieter schuldet und dementsprechend haftet[4]), schuldet und haftet dieser auch ihm.[5]) Weil und solange das der Fall ist, weil und solange der Ehemann auf Grund ein und desselben Vertrages sowohl die Pflichten eines Schuldners und Hafters als auch die Rechte eines Gläubigers in sich vereinigt, kommt ihm die rechtliche Eigenschaft des Mieters zu. Der Mietvertrag ist eben, wie ich bereits ausgeführt habe, ein gegenseitiger Vertrag: beide Kontrahenten sind von vornherein berechtigt und verpflichtet.[6]) Wer aus ihm nur Pflichten gegen den Vermieter ableitet, ist also gar nicht Mieter im Rechtssinne.

Folglich ist die Ehefrau, die dem Vermieter nur haftet und selbst keine Ansprüche gegen ihn hat, nicht Mieterin. Daß ihre Haftung auf dem Bürgschaftsvertrage und nicht auf dem Mietvertrage basiert, dürfte um deswillen nicht den Ausschlag geben, höchstens vielleicht mit ins Gewicht fallen, weil m. E. die Bürgschaft der Ehefrau in letzter Linie eigentlich

aus einem anderen Rechtsgrunde, und sie darum nicht abgeneigt ist, sich zu verbürgen, bleibt ganz außer Betracht. Vergl. unten § 14, Anm. 1.

[3]) Vergl. z. B. § 1 des Textes, Formular 3 § 5.

[4]) Z. B. Entrichtung des Mietzinses (§ 535 BGB.), Rückgabe der Mietsache (§ 556 BGB).

[5]) Z. B. Erhaltung der Mietwohnung in dem zum vertragsmäßigen Gebrauche geeigneten Zustande (§ 536 BGB.), Ersatz der von dem Mieter auf die Mietsache gemachten notwendigen Verwendungen (§ 549 BGB.).

[6]) Vergl. oben Text § 3.

nur ein der Mietschuld ihres Mannes angegliedertes zweites Haftungsverhältnis sein würde.

Ist aber die Ehefrau als Bürgin nicht zugleich Mieterin, so unterliegen auch ihre eingebrachten Sachen nicht dem gesetzlichen Pfandrecht des Vermieters.[7]) Die Übernahme einer Bürgschaft durch die Ehefrau würde also dem Vermieter nicht den von ihm mit der Unterschrift der Ehefrau angestrebten Rechtserfolg verschaffen. Daher ist seinem rechtsgeschäftlichen Handeln ein auf Abschluß eines Bürgschaftsvertrages gerichteter Wille nicht zu unterstellen. Das Fehlen eines solchen Willens hindert aber die Begründung eines Bürgschaftsverhältnisses zwischen dem Vermieter einerseits, dem Mieter und dessen Ehefrau andererseits, selbst wenn diese damit einverstanden wäre.

Demnach bringt die Mitunterschrift der Ehefrau keine Bürgschaftserklärung zum Ausdruck.

II. Es könnte nun jemand der Ansicht sein, dem Vermieter sei es nur um Sicherung seiner Ansprüche schlechthin, nicht gerade um Erstreckung seines Pfandrechtes auf die Sachen der Ehefrau zu tun, und diesem allgemein gesetzten Zweck genüge doch auch eine Verbürgung der Ehefrau. Das wage ich zu bestreiten, indem ich behaupte, daß eine Bürgschaft dem Vermieter keineswegs genügende Sicherheit bieten würde, und daß er ganz gewichtige Gründe hat, warum er gerade auch die von der Ehefrau eingebrachten Sachen seinem gesetzlichen Pfandrecht unterworfen wissen will. Den Beweis hierfür trete ich durch einen kurzen Vergleich des Vermieterpfandrechts mit der Bürgschaft an.

a) Ist die Bürgschaft ein Haftungsverhältnis, so gilt das erst recht von dem Verhältnis zwischen Pfandgläubiger und Verpfänder.[8]) Denn die für jene Rechtsauffassung dort maßgebenden Gründe schlagen hier noch mehr ein, gewinnen hier noch an Überzeugungskraft.[9]) Die Gleichheit der rechtlichen

[7]) Ebenso Oertmann in D. J.-Z., 1905, S. 1081.

[8]) Vergl. Isay, a. a. O., S. 195; v. Staudinger, Vorbem. I, 1 zu §§ 241 ff; Bekker, a. a. O., S. 53; Richter, S. 19 ff.

[9]) Vergl. Isay, a. a. O., S. 198; Richter, S. 19, 20, 22, 23 usw.

Natur beider Rechtsfiguren könnte nun bei flüchtiger Betrachtung zu dem Glauben verleiten, daß ein Hauptunterschied zwischen beiden Haftungen in der Verschiedenheit ihres Subjekts bestehe, nämlich insofern, als beim Pfandrecht ein oder mehrere, jedenfalls für die Dauer festbestimmte Gegenstände, bei der Bürgschaft aber immer nur die jeweiligen Gegenstände des Bürgen haften. Das trifft indes nicht den Kernpunkt der Sache, der tiefer liegt. Ihn trifft vielmehr nur die Frage nach der rechtlichen Intensität des jeweiligen Haftungszustandes.

Das Pfandrecht haftet nämlich dinglich an dem ihm unterworfenen Gegenstand, die Bürgschaft dagegen nicht.

Veräußert z. B. der Mieter eine große Anzahl seiner Möbelstücke an einen dritten und überträgt sie ihm zu eigen, indem er sie gleichzeitig zum Mietgebrauch zurückempfängt, so erlischt das Pfandrecht des Vermieters an ihnen trotz des Eigentumswechsels nicht (§ 936 Abs. 1 Satz 3 BGB.). Es erlischt erst dann, wenn der dritte auf Grund der Veräußerung den unmittelbaren Besitz der Stücke erlangt und in diesem Zeitpunkt das Bestehen des Vermieterpfandrechtes weder kannte noch aus grober Fahrlässigkeit nicht kannte.[10]) Beide Voraussetzungen werden aber fast nie gegeben sein. Läßt der dritte die Möbel, um sie in seinen unmittelbaren Besitz überzuführen, von dem Mieter heimlich ohne Wissen des Vermieters oder zwar mit dessen Wissen, aber unter dessen Widerspruch abholen (§ 560 Satz 1 BGB.), so kann der Vermieter von ihm[11]) Herausgabe der Sachen zum Zwecke der Zurückschaffung in das Grundstück verlangen (§ 561 Abs. 2 Satz 1 BGB.).[12])

[10]) §§ 936 Abs. 1 Satz 3, Abs. 2; 932 Abs. 2 BGB.

[11]) Ebenso Planck, § 561, Bem. 2a; Oertmann, 561, Bem. 3a; v. Staudinger, § 561, Bem. III, 2; Enneccerus, § 353, III, S. 903; Müller-Meikel, S. 465; Goldmann-Lilienthal, § 158, Anm. 5, S. 572; Crome, § 244, I, 4b, S. 578, u. a. m.

[12]) Allerdings muß er diesen Anspruch vor Ablauf eines Monats, nachdem er von der Entfernung der Sachen Kenntnis erlangt hat, gerichtlich geltend machen, widrigenfalls sein Pfandrecht erlischt (§ 561 Abs. 2 Satz 2 BGB.).

Überhaupt darf der Vermieter in der Regel[13]) jeder Entfernung der Sachen des Mieters von seinem Grundstück widersprechen (§ 560 Satz 1 BGB.) und sie im Wege der Selbsthilfe ohne Anrufen des Gerichts verhindern (§ 561 Abs. 1 BGB.). Dem dritten vollends noch in dem Augenblicke, wo er sich den Besitz der Möbelstücke des Mieters verschafft, guten Glauben[14]) in Ansehung des Pfandrechtes beizumessen, wird nur ganz selten angebracht sein.[15])

Einen dem auch nicht entfernt ähnlich starken Schutz genießt der Gläubiger dagegen, daß sich der Bürge seines Vermögens entäußert. Kein Mittel würde an sich dem Vermieter zu Gebote stehen, um zu vereiteln, daß die Ehefrau, die sich ihm für ihren Ehemann verbürgt hätte, den größten Teil ihres Mobiliars an ihren Sohn unter Beobachtung der Formalität des § 518 Abs. 1 Satz 1 BGB. verschenkte und zu Eigentum übertrüge. Es bliebe ihm gegebenenfalls nichts weiter übrig, als den nach dem Reichsgesetz vom $\frac{\text{21. Juli 1879}}{\text{20. Mai 1898}}$ nur unter mannigfachen Voraussetzungen zulässigen[16]) Weg der Anfechtung zu beschreiten.[17])

b) Ferner sichert das Pfandrecht des Vermieters dessen

[13]) Es sei denn, daß die besonderen Umstände des § 560 Satz 2 BGB. vorliegen, was in unserm Beispiel nicht der Fall ist.

[14]) §§ 932 Abs. 2, 936 Abs. 2 BGB.

[15]) Ebenso v. Staudinger, § 560, Bem. 8; Goldmann-Lilienthal § 158, Anm. 6, S. 572; Oertmann, § 561, Bem. 3a; Windscheid-Kipp, § 400 i., f., S. 743.

[16]) Vgl. z. B. § 2, 5, 3. Ges. betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens.

[17]) Die Ansicht Isays (a. a. O., S. 207, 208), das Anfechtungsgesetz beziehe sich nicht auf den Bürgen, weil er nur hafte, nicht auch schulde, halte ich im wesentlichen aus den von Siber in Iher. Jahrb., Bd. 50, S. 166 ff. ins Feld geführten Gründen für unrichtig. Vergl. auch Begründung des Entwurfes eines Ges. betr. die Anfechtung usw., S. 14—16; RGE., Bd. 17, S. 168; ferner über die Terminologie (schulden — haften) des Gesetzgebers Näheres bei Bekker, a. a. O., S. 53—54; Siber, a. a. O., S. 60, 77, 168; Isay, a. a. O., S. 189, 203; Richter, S. 22; Pappenheim in Goldschm. Ztschr., Bd. 46, S. 145.

Ansprüche gegen den Mieter in größerem Umfange als eine Bürgschaft. Denn im Gegensatz zu ihr ist durch das Pfandrecht nicht nur der fällige, also rückständige Mietzins, sondern auch ein Teil des noch nicht fälligen Mietzinses[18]) gedeckt. Und gerade dessen Entrichtung möglichst dinglich sicherzustellen, tut dem Vermieter sehr oft bitter not, z. B. „kleinen Leuten" gegenüber, die mitunter plötzlich vor Ablauf der vertraglich ausgemachten Mietzeit „heimlich rücken".[19])

c) Schließlich — und das ist für den Vermieter ausschlaggebend — bietet ihm die Realisierung seines Pfandrechtes unschätzbare Vorteile gegen die einer Bürgschaft. Der Vermieter will schnell und sicher, ohne großen Aufwand an Zeit und Kosten zu seinem Gelde kommen, und das ermöglicht ihm allein sein Pfandrecht. Erfüllt der Mieter nicht die ihm obliegenden Verbindlichkeiten, so kann der Vermieter einfach dem Mieter gehörige Möbel[20]) im Wege öffentlicher Versteigerung verkaufen lassen und sich an dem dadurch erzielten Er-

[18]) Für das zur Zeit der Geltendmachung des Pfandrechtes laufende und folgende Mietjahr (§ 559 Satz 2); ebenso v. Staudinger, § 559, Bem. VI, 3b, β; Oertmann, § 559, Bem. 4b, β; Planck, § 559, Bem. 4b; Goldmann-Lilienthal, § 157, I, 4, S. 569—570; RGE., Bd. 54, S. 301 ff.; OLG. Dresden in Sächs. OLG., Bd. 29, S. 88.

[19]) Im übrigen werden die sogenannten Nebenansprüche des Vermieters gegen den Mieter weit eher durch das Pfandrecht als durch eine Bürgschaft gesichert sein. So kann es z. B. im Einzelfalle sehr zweifelhaft sein und erst vorsichtiger Auslegung der Parteierklärungen bedürfen, ob der Bürge auch für die vom Schuldner versprochene Vertragsstrafe hafte. Für deren Zahlung die Ehefrau einstehen zu lassen, dürfte allerdings mit Rücksicht darauf, daß sie sich für ihren Ehemann schlechthin, d. h. für alle ihn als Mieter treffenden Verpflichtungen verbürgen würde, wohl keinem Bedenken begegnen. Aber noch viel mehr gewiß ist, daß der Vermieter die Vertragsstrafe des Mieters durch Ausübung seines Pfandrechtes eintreiben darf. Denn der Anspruch auf diese ist eine „Forderung aus dem Mietverhältnis" (§ 559 Satz 1 BGB.). Vergl. Planck, § 559, Bem. 4b, γ, § 767, Bem. 4; Oertmann, § 767, Bem. 2d; v. Staudinger, § 559, Bem. VI, 2a, § 767, Bem. 1b; Enneccerus, § 353, I, 3 und Anm. 6, S. 901/02, sowie § 412, II, 2, S. 1049; Goldmann-Lilienthal, § 157, I, 4, S. 569, § 210, I, 3, und Anm. 5, S. 814, u. a. m.

[20]) insofern sie seinem Pfandrecht unterworfen sind (§ 559 Satz 3 BGB.!).

löse Befriedigung verschaffen.[21]) Den Bürgen müßte dagegen der Vermieter erst verklagen, um so einen Schuldtitel zu erlangen, auf Grund dessen er in die jeweiligen Gegenstände des Bürgen vollstrecken lassen könnte. Überdies wäre er der Gefahr ausgesetzt, wegen irgendwelcher Einreden des Bürgen mit der Klage vorderhand oder vielleicht sogar endgültig abgewiesen zu werden.

Ist aber das Pfandrecht viel leichter und bequemer als eine Bürgschaft zu realisieren und gesellen sich diesem eminenten Vorzuge noch die unter 1 und 2 dargestellten bei, so liegt hierin ein schlagender Beweis dafür, daß der Vermieter um jeden Preis eine Ausdehnung seines gesetzlichen Pfandrechtes auf die von der Ehefrau eingebrachten Sachen anstrebt und sich z. B. mit einer Bürgschaft der Ehefrau keinesfalls begnügen wird.

§ 12.

Die Mitunterschrift der Ehefrau und die Formerfordernisse einer Bürgschaftserklärung.

Der Vollständigkeit halber ist noch zu untersuchen, ob durch die bloße Mitunterschrift der Ehefrau die Schriftform des § 766 Satz 1 BGB. gewahrt sein würde.

Zur Gültigkeit des Bürgschaftsvertrages ist nämlich schriftliche Erteilung der Bürgschaftserklärung erforderlich (§ 766 Satz 1 BGB.). Demnach muß die betreffende Urkunde von dem Aussteller, dem Bürgen, eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet werden (§ 126 Abs. 1 BGB.). Aber welche Anforderungen werden denn an den Urkundeninhalt selbst gestellt? Genügt im Fall des § 766 BGB. jede beliebige Urkunde, um sie durch die Unterschrift irgendeiner beliebigen Person zur Bürgschaftsurkunde zu stempeln?

Eine Unterschrift enthält allein niemals eine Erklärung. Soll sie etwas bedeuten, so setzt sie eine Niederschrift voraus.

[21]) §§ 1228, 1230, 1234 Abs. 2, 1235, 1247, 1257 BGB.; selbst eine Androhung des Verkaufs darf unterbleiben, wenn sie untunlich ist (§ 1234 Abs. 1 BGB.).

Erst durch die Beziehung auf eine solche gewinnt sie rechtliche Bedeutung. Demzufolge muß aber die Niederschrift auch geeignet und fähig sein, der Unterschrift rechtliche Bedeutung, und zwar nicht schlechthin rechtliche, sondern gerade die ihr zukommende spezifische, rechtliche Bedeutung zu verleihen. Dessen ist eine Urkunde nur dann fähig, wenn sie zum mindesten den wesentlichen rechtlichen Inhalt derjenigen Willenserklärung enthält, deren schriftliche Niederlegung das Gesetz erfordert.

Damit also eine Urkunde als Fixierung einer Bürgschaftserklärung gelten kann, muß sie aus sich selbst heraus ergeben, daß der Unterzeichnende erklärt, für die Erfüllung der Schuld eines dritten dessen Gläubigern einstehen zu wollen.[1]) Der Urkundentext muß demnach irgendwie — wenn auch in ganz allgemeinen Umrissen — erkennen lassen

1. den Verbürgungswillen,
2. wem gehaftet werden soll,
3. um welche und wessen Schuld es sich handelt.

Wenn auch die Urkunde den solennen Ausdruck „Bürge“ oder „Bürgschaft“ nicht zu enthalten, wenn auch der Unterzeichnende in ihr nicht gerade wörtlich zu erklären braucht, er übernehme hiermit Bürgschaft,[2]) so muß doch unter allen Umständen der Verbürgungswille aus ihr unzweideutig hervorgehen.[3]) Ist nicht einmal das der Fall, so liegt eben eine in schriftlicher Form abgegebene Bürgschaftserklärung nicht vor.

Steht aber der Verbürgungswille in Schriftform genügend fest und ist auch den oben unter 2 und 3 aufgestellten Er-

[1]) Ebenso Planck, § 766, Bem. 26; v. Staudinger, § 766, Bem. 1 b α; Goldmann-Lilienthal, § 209, Anm. 8, S. 812; Westerkamp, S. 308; Staub, § 350 HGB.; RGE., Bd. 57, S. 260 ff., Bd. 62, S. 174 ff., Bd. 51, S. 113; RG. in J.W., 1903, Beil. 108; zustimmend auch Marcus in KGBl., 1905, S. 101 ff., und Hallbauer im Bankarchiv, 1908, S. 309.

[2]) So z. B. Enneccerus, § 411, Anm. 5, S. 1046; Goldmann-Lilienthal, § 209, Anm. 8, S. 812; Müller-Meikel, § 177, S. 609; Crome, § 295, Anm. 33, S. 871; Staub, § 349 HGB., Bem. 10; RG. in J. W., 1906, S. 685 = D. J.-Z., 1906, S. 1262 = R., 1906, S. 1375.

[3]) Vergl. Bayr. Rpfl.-Z., 1906, S. 934 = R., 1906, S. 934.

fordernissen genügt, so können nun zur Ergänzung und Auslegung der schriftlichen Erklärung, zur genaueren Umgrenzung der Haftung des Bürgen, der Schuld des dritten und zur näheren Bestimmung des Gläubigers auch außerhalb der Urkunden liegende tatsächliche und rechtliche Umstände herangezogen und verwertet werden. Insoweit findet auch auf die schriftliche Bürgschaftserklärung der Grundsatz des § 133 BGB. Anwendung.[4]) Diese Vorschrift setzt aber die rechtliche Existenz einer Willenserklärung, hier also einer in Schriftform abgegebenen, voraus. Daher dürfen außerhalb der Urkunde liegende Umstände der Auslegung nicht in dem Sinne und zu dem Zwecke dienstbar gemacht werden, daß erst durch ihr Hinzutreten der Urkunde zur rechtlichen Gültigkeit und Existenz verholfen wird.[5])

Es wäre also vollkommen unzulässig, solche Umstände zu berücksichtigen, um mit ihrer Hilfe in die Mitunterschrift der Ehefrau eine Bürgschaftserklärung gewissermaßen erst hineinzulegen. Es würde gar nichts nützen, Vorgänge festzustellen, die sich vor oder bei Abschluß des Mietvertrages oder Herstellung der Vertragsurkunde abgespielt hätten und etwa deutlich bewiesen, daß der Ehefrau die Übernahme einer Bürgschaft angesonnen worden, sie auch dazu willens gewesen wäre.

Vielmehr müßte der Mietvertrag selber bestimmte Merkmale aufweisen, die im Zusammenhang mit der Unterschrift der Ehefrau eine Bürgschaftserklärung von oben gefordertem Inhalt darstellten. Indes, solche Merkmale fehlen. Auch keine einzige Bestimmung des Mietvertrages, auch kein einziges noch so winziges Wörtchen sagt etwas über eine Haftung der Ehefrau oder deutet ihren Willen, sich zu verbürgen, nur im entferntesten an. Man dürfte sich zu der Be-

[4]) Ebenso Planck, § 766, Bem. 2b; v. Staudinger, § 766, Bem. 1 bα; Staub, § 350, Bem. 5; RGE., Bd. 57, S. 260 ff., Bd. 62, S. 174 ff.; RGE., Bd. 59, S. 217 = Bad. Rpr., 1905, S. 149.

Vgl auch KG. im Sächs. A., Bd. 11, S. 267; OLG. Hamburg in Seuff. A., Bd. 57, Nr. 148.

[5]) Diesen Fehler scheint z. B. Enneccerus (§ 412, Anm. 5) und das OLG. Stuttgart im R., 1905, S. 194, zu begehen.

hauptung versteigen, der Vertragsinhalt motiviere auch nicht im geringsten die Tatsache, daß die Ehefrau mitunterschrieben hat. Ihre Unterschrift zu jenem in Beziehung zu setzen, wäre ein fruchtloses Beginnen. Die bloße Mitunterzeichnung des Mietvertrages wie überhaupt jeder eine Schuld zwischen anderen Personen begründenden oder bestärkenden Urkunde läßt eben mit nichten erkennen, ob sie zum Zwecke der Verbürgung oder zu anderen Zwecken erfolgt ist.

Folglich ist durch die Mitunterschrift dem Formzwang des § 766 Satz 1 BGB. keineswegs Genüge geschehen[6]), und auch aus diesem rein formellen Grunde entfällt die Möglichkeit, in der Ehefrau die Bürgin ihres Ehemannes zu erblicken.

Die Theorie und Praxis hat nun allerdings des öfteren eine etwas weitherzigere Ansicht an den Tag gelegt und geringere Anforderungen an die Beschaffenheit der schriftlichen Bürgschaftserklärung gestellt, als es hier geschehen ist.[7]) Aber meines Erachtens mit Unrecht! Denn einerseits möchte ich die oben entwickelten Gründe für logisch unanfechtbar und überzeugend halten, andererseits darf man doch nie vergessen zu bedenken, warum eigentlich Schriftform für die Bürgschaftserklärung vorgeschrieben ist. Der Zwang, eine Form zu beobachten, soll „den sich Verpflichtenden zu größerer Vorsicht anspornen“[8]), soll in ihm nicht die nur allzu oft trügerische Hoffnung aufkommen lassen, der Schuldner werde schon zahlen, er selbst habe eine Inanspruchnahme durch den Gläubiger nicht zu besorgen, soll also der unüberlegten und leichtfertigen Übernahme von Bürgschaften steuern und die rechtsgeschäftliche Willenserklärung von der unverbindlichen Redensart

[6]) 1. ders. Ansicht: Planck, § 766, Bem. 26; Staub, § 350 HGB., Bem. 5; RGE., Bd. 57, S. 260ff., Bd. 62, S. 174ff.; OLG. Karlsruhe im R., 1907, S. 1258; auch Westerkamp, S. 303; v. Staudinger, § 765, Bem. 5; — 2. a. A.: Oertmann in der D. J.-Z., 1905, S. 1081; Enneccerus, § 412, Anm. 5, S. 1046; OLG. München im R., 1904, S. 139, Nr. 627; Neumann in J. W., 1906, S. 96; OLG. Celle in Seuff. A., Bd. 52, S. 422.

[7]) Siehe vorige Anm. unter 2!

[8]) Bericht der Reichstagskommission, S. 99.

sondern. Rechtsunkundige oder wirtschaftlich schwache Personen sollen sich der Tragweite der übernommenen Haftung, sollen sich der Gefahren bewußt werden, die darin liegen, daß die Gestaltung gerade der Bürgenhaftung bei Abschluß des Bürgschaftsvertrages tatsächlich unübersehbar ist. Bedenkt man aber das, macht man sich also den Zweck der Formvorschrift[9]) des § 766 Satz 1 BGB. klar, so wird man wohl auch unumwunden zugeben müssen, daß dieser Zweck nur dann und um so sicherer erreicht wird, wenn an die Fassung der Bürgschaftserklärung ein einigermaßen strenger Maßstab angelegt wird[10]), jedenfalls ein anderer Maßstab als der, den ein Teil von Literatur und Praxis anzulegen beliebt.

[9]) Vergl. über Formvorschriften im allgemeinen Mot., Bd. I, S. 179.

[10]) Ders. Ansicht namentlich OLG. Hamburg in Hans. G.-Z., 1907, Beibl. 289 = R., 1907, S. 1285, Ziff. 3080.

Zweiter Abschnitt.

Enthält die Mitunterschrift der Ehefrau eine Schuldbeitrittserklärung?

A. Begriff und Wesen des Schuldbeitritts.

§ 13.

Schuldübernahme und Schuldbeitritt.

Schuldübernahme ist der kraft Vertrages eintretende Subjektswechsel auf der Passivseite eines Schuldverhältnisses (§§ 414, 415 BGB.).

In die Stelle des bisher Leistensollenden rückt ein anderer ein, der die Schuld jenem abnimmt, um sie damit gleichzeitig selbst auf sich zu nehmen. Die Schuldübernahme des BGB. wirkt, gleichviel ob sie gemäß § 414 oder § 415 vollzogen wird, immer für den Erstschuldner befreiend.

Demnach faßt das BGB. den Begriff der Schuldübernahme enger als die gemeinrechtliche Doktrin. Denn während diese zwei Erscheinungsformen der Schuldübernahme unterschied, nämlich

1. die translative = privative = befreiende[1]) Schuldübernahme und
2. die kumulative = bestärkende[1]) Schuldübernahme,

kommt nach dem Sprachgebrauch des BGB. die technische Bezeichnung „Schuldübernahme" nur der privativen, befreienden Schuldübernahme zu. Die kumulative Schuldübernahme ist in dem fünften Abschnitt der Schuldverhältnisse, der

[1]) So v. Blume, Novation, Delegation und Schuldübertragung, S. 40.

die Überschrift „Schuldübernahme“ trägt, nicht geregelt worden, überhaupt der Terminologie des Gesetzes vollkommen fremd.

Daraus könnte man nun zweierlei schließen: Der Gesetzgeber hat entweder,

1. weil er unter „Schuldübernahme“ nur die privative Schuldübernahme versteht, damit die rechtliche und sprachliche Existenz einer kumulativen Schuldübernahme verneinen oder,
2. obwohl er nur die privative Schuldübernahme besonders geregelt hat, trotzdem auch einer kumulativen Schuldübernahme Spielraum lassen wollen.

Ehe man sich für eine dieser beiden Möglichkeiten entscheidet, beachte man zunächst die Stellung des § 419 BGB., der von der Übernahme eines Vermögens handelt. Obgleich hier der Veräußerer nicht aus dem Schuldnexus ausscheidet, vielmehr darin verbleibt neben dem in die Schuld eintretenden Erwerber, obgleich hier also eine befreiende Schuldübernahme zweifelsohne nicht vorliegt, hat der Gesetzgeber diesen Paragraphen nichtsdestoweniger in den Abschnitt „Schuldübernahme“ eingereiht. Allerdings spricht er im § 419 BGB. nur von Vermögensübernahme und nicht — vielleicht geflissentlich — von Schuldübernahme. Indes kann das nicht den Ausschlag geben. Jedenfalls ist der § 419 BGB. gerade wegen seiner eigenartigen Stellung im System des BGB. mehr als alle anderen ihm gleichgearteten Bestimmungen des neuen Rechtes geeignet, ein Fingerzeig dafür zu sein, daß auch das BGB. eine kumulative Schuldübernahme, zum mindesten eine kraft Gesetzes eintretende, anerkennt.

Daß nun aber auch auf dem Wege rechtsgeschäftlicher Vereinbarung die Wirkung der gemeinrechtlichen kumulativen Schuldübernahme erzielt werden kann, ermöglicht der das heutige Zivilrecht beherrschende Grundsatz der Vertragsfreiheit.[2]) Demnach steht auch heute noch der Zulässigkeit und Gültigkeit desjenigen Vertrages nichts entgegen,

[2]) Ebenso Westerkamp, S. 262; Brattig, S. 2; Heil, S. 110; Salinger im Arch. f. b. R., Bd. 28, S. 81; OLGE., Bd. 4, S. 53. Vergl.

kraft dessen in ein bestehendes Schuldverhältnis neben den Schuldner ein dritter als Subjekt des gleichen Leistensollens tritt.

Und diesen Rechtsvorgang mit dem von Westerkamp [3]) geprägten terminus technicus „Schuldbeitritt“ zu belegen, dürfte sich nach meiner Ansicht sehr empfehlen. Denn einmal ist dagegen in logischer und sprachlicher Hinsicht insofern nichts einzuwenden, als ja tatsächlich einer bestehenden Schuld ein dritter als zweiter Schuldner [4]) beitritt. Zum anderen aber — und das ist entscheidend — gibt man mit der ebenso kurzen wie handlichen Bezeichnung „Schuldbeitritt“ wenigstens all den terminologischen Bedenken nach, die seit dem Inkrafttreten des BGB. von Theorie und Praxis mit mehr oder weniger Recht gegen die althergebrachte Bezeichnung „kumulative Schuldübernahme“ erhoben worden sind.[5])

§ 14.

Die Rechtsexistenz des Schuldbeitritts.

Im Rechtsverkehr kommen, wie die Praxis der Gerichte beweist, Fälle vor, die einem die Entscheidung, ob Bürgschaft oder Schuldbeitritt anzunehmen ist, nicht gerade leicht machen. In der Tat scheint, zumal wenn es sich um Geldschulden handelt, praktisch kein allzugroßer Unterschied zwischen den beiden Rechtsinstituten zu bestehen, und auch theoretisch scheint sich dieser Unterschied um so mehr zu verwischen, je

auch Oertmann, Vorbem. 2 zu §§ 414 ff.; Planck, Vorbem. 2a zu §§ 414 ff.; Schollmeyer, Vorbem. 3 zu §§ 414 ff., u. a. m.

[3]) S. 17, 18.

[4]) Nicht etwa eine andere Schuld! Wolf ist sich über die Erklärung des Wortes „Schuldbeitritt“ nicht ganz klar, wenn er meint, „Schuldbeitritt“ bedeute sprachlich nur das Hinzutreten einer neuen Schuld (S. VIII). Das kann es allerdings auch bedeuten, braucht es aber nicht. Der Wortteil „Schuld“ kann dem Falle nach sowohl Genetiv als Dativ sein. Die „Schuld“ kann also zum „Beitritt“ im Verhältnis von Subjekt oder Objekt stehen.

[5]) So Goldmann-Lilienthal, § 123, Anm. 3, S. 449; Schollmeyer, Vorbem. 3 zu §§ 414 ff.; Martinius in Gruchot, Bd. 49, S. 183; Salinger, a. a. O., S. 81; RGE., Bd 51, S .121. Dagegen Oertmann, Vorbem. 2 zu § 414 ff.

mehr man zu der Ansicht neigt, daß auch der Bürge Schuldner ist. Da nun vollends das Gesetz einen Schuldbeitritt nicht kennt, könnte man bezweifeln, ob ihm neben der Bürgschaft überhaupt ein selbständiger Platz im Bereich des geltenden Rechts gebührt.[1])

Wenn A. der Verkäufer, B. der Käufer ist und C. sich für B. verbürgt, so bedeutet das im Grunde genommen nicht viel weniger als die Aufnahme des C. in das A. und B. umspannende Haftungsverhältnis, ohne daß C. seinerseits aus dem dieses Haftungsverhältnis erzeugenden Kaufvertrag irgendeine Berechtigung gegen seinen Gläubiger A. herleiten könnte.[2])

[1]) Was v. Blume in Iher. Jahrb., Bd. 39, S. 426 schlechtweg verneint hat. Ihm nahestehend Oertmann, Vorbem. 2 zu §§ 768 ff. und früher auch v. Thur in D. J.-Z., 1900, S. 349 (dagegen jetzt in D. J.-Z., 1908, S. 1177).

[2]) Die Frage, ob die Bürgschaft begriffsmäßig ein einseitiger Vertrag ist oder auch gegebenenfalls als gegenseitiger Vertrag abgeschlossen werden kann, kommt hier weniger in Betracht. Immerhin erwäge man folgendes: Der Bürge setzt seinen Kredit zugunsten des Schuldners ein, so daß von seinem Kredit gleichsam soviel auf jenen übergeht, als zu dem Kredit des Schuldners hinzukommen muß, um das Interesse des Gläubigers an der Erfüllung der Schuld voll zu decken. Nur dann, wenn zu dessen Deckung nicht der ganze Kredit des Bürgen herangezogen zu werden braucht, wird der Gläubiger mit Rücksicht auf diesen überschießenden Teil unter Umständen, um sich nämlich den Bürgen gefügiger zu machen, dem Bürgen irgendein Entgelt versprechen. Da nun aber der Bürge formell seinen ganzen Kredit in den Dienst des Gläubigers stellt, wird das jeweilige Gegenversprechen des Gläubigers niemals ein Äquivalent für die Bürgschaftsübernahme sein. Das müßte es aber sein, sollte anders der Bürgschaftsvertrag den Charakter eines gegenseitigen Vertrages erhalten, welche Konsequenz ich aus den §§ 320 ff., insbesondere aus § 320 Abs. 2 in Verbindung mit § 138 Abs. 2 ziehen zu dürfen glaube. Vergl. auch z. B. Oertmann, Vorbem. 3 zu §§ 320 ff. Der Bürgschaftsvertrag ist daher begriffsmäßig ein einseitiger Vertrag. — A. M. u. a. Planck, Vorbem. II, 1 zu §§ 765 ff.; von Staudinger, Vorbem. 2d zu §§ 765 ff.; OLG. Dresden im Sächs. A., Bd. 13, S. 95 ff.; unklar Brattig, S. 27. — Damit ist indes keineswegs die Möglichkeit ausgeschlossen, daß er Bestandteil eines gegenseitigen Vertrages sein (so richtig RGE., Bd. 66, S. 126) oder daß in seinen Tatbestand eine Verpflichtung des Gläubigers insofern aufgenommen werden kann, als deren Nichterfüllung nach der Parteiintention auf die Realisierung der Bürgenhaftung resolutiv bedingend einwirken soll (vergl. dazu Jung, S. 99, 100)

In dem Institut der Bürgschaft hat also die Möglichkeit rechtliche Anerkennung gefunden, daß die aus einem Rechtsverhältnis zwischen zwei Personen resultierende Haftung auf eine dritte Person miterstreckt wird.

Ob das analoge Verfahren auch mit der Schuld vorgenommen werden kann, mit anderen Worten, ob ein Schuldbeitritt zulässig ist, darüber schweigt sich das Gesetz aus.[3]) Allerdings kann die begriffliche Möglichkeit eines Schuldbeitritts auf den Grundsatz der Vertragsfreiheit gestützt werden (§ 13). Diese Begründung ist indes lediglich allgemeiner Natur. Um ihr mehr Halt zu geben, empfiehlt es sich, nach einer dem technisch geformten Recht angehörigen Rechtsfigur zu suchen, die in ihren Grundzügen gewissermaßen das Gegenstück des Schuldbeitritts darstellt. Verfolgt man diesen Leitgedanken weiter, so wird man alsbald auf den springenden Punkt aufmerksam werden: gibt das BGB. den Parteien rechtliche Mittel an die Hand, welche es ermöglichen, die einer bestimmten Person zustehende Forderung unter Wahrung ihrer Substanz auf eine dritte Person mitzuerstrecken, oder — indem ich die Fragestellung auf den zur Verdeutlichung besonders geeigneten Fall des gegenseitigen Vertrages beschränke — welche es ermöglichen, für das auf jeder Seite eines gegenseitigen Vertrages mit dem Leistensollen in derselben Person vereinigte Bekommensollen ein zweites Subjekt zu schaffen? Diese Möglichkeit bietet in gewissem Sinne das Institut der Verträge zu Rechten dritter oder auf Leistung an dritte. Will der Käufer B. den von A. gekauften, aber ihm noch nicht übereigneten Gegenstand an D. verschenken, so kann er sich sofort bei oder auch nach Abschluß des Kaufvertrages mit dem Verkäufer dahin verständigen, daß der Kaufgegenstand an D. zu leisten sei, diese Leistung zu fordern sowohl er (B.) als auch D. berechtigt seien, die Kaufpreissumme aber er allein schulde. Der in einer solchen Verein-

[3]) Die Behauptung Wolf (S. 24), mit Hilfe des § 329 BGB. ließe sich ein Fall des vertragsmäßigen Schuldbeitritts konstruieren, erweist sich gerade bei „genauer Betrachtung", der sich Wolf zu befleißigen vermeint, aus den unten im § 16 dargelegten Gründen als unzutreffend.

barung liegende Vertrag zu Rechten des D. macht nun diesen keineswegs zum Käufer in des Wortes juristisch-spezifischer Bedeutung, denn sonst müßten ihm auch die Verpflichtungen eines Käufers obliegen. Vielmehr ist und bleibt B. Käufer, Schuldner und zugleich Gläubiger aus Kauf, während dem D. nur letztere Eigenschaft zukommt. Ganz analog würde sich aber der Fall gestalten, daß D. der Schuld des B. durch Vertrag mit A. beiträte. Denn hier bliebe B. ebenfalls Käufer, d. h. Schuldner und Gläubiger aus Kauf, und D. würde nur Schuldner aus Kauf.

Daher darf man in dem Vertrag zu Rechten eines dritten als einem „Forderungsbeitrittsvertrag“ [4]) den Widerpart des Schuldbeitrittsvertrages erblicken, und nun weiter aus der Tatsache, daß das Gesetz einen „Forderungsbeitritt“ zuläßt, auf die damit auch vom Gesetzgeber — allerdings nur mittelbar — — anerkannte Existenz eines vertragsmäßigen Schuldbeitritts schließen.[5])

[4]) oder einen „aktiven Schuldbeitrittsvertrag“ im Gegensatz zu dem „passiven“, dem eigentlichen „Schuldbeitrittsvertrag“ (ähnlich die Terminologie: aktives und passives Gesamtschuldverhältnis; vergl. z. B. v. Staudinger, Vorbem. IV, 2, zu §§ 420 ff.). Ich bin mir im übrigen vollkommen bewußt, daß die von mir für den Vertrag zu Rechten dritter gewählte umschreibende Bezeichnung logisch keineswegs einwandsfrei ist, weil ein „Beitritt“ eine Willensbetätigung — zum mindesten in konkludenter Form — voraussetzt, hingegen der Anspruch des dritten aus dem zu seinen Gunsten abgeschlossenen Vertrage ohne sein Wissen und Wollen entstehen kann. („Weist der dritte das aus dem Vertrag erworbene Recht . . . . . zurück . . . . . .“, § 333 BGB.) Gleichwohl behalte ich hier die Bezeichnung „Forderungsbeitritt“ bei, um dadurch die Verwandtschaft des Schuldbeitrittsvertrages mit dem Vertrage zu Rechten dritter auch äußerlich in das rechte Licht zu rücken.

[5]) Indes wäre es verfehlt, sich den „Forderungsbeitritt“ als die eine Seite einer Medaille und als deren unausgeprägte Kehrseite den Schuldbeitritt vorzustellen. Denn

1. ist die Zustimmung des dritten zum Beitritt nicht Voraussetzung für den Forderungs- (s. vorige Anmerkung!), sondern nur für den Schuldbeitritt: ein Ausfluß des rechtspolitischen Grundsatzes, daß man ohne sein Wissen und Wollen nicht verpflichtet, wohl aber berechtigt werden soll.
2. Ferner läßt zwar der Vollzug des Schuldbeitritts den Urschuldner

§ 15.

Schuldbeitrittsvertrag zwischen dem Gläubiger und dem dritten.

I. Die Vertragsfreiheit des heutigen Rechtes gestattet die Durchführung jedes nicht gegen positive Gesetzesvorschriften verstoßenden[1]) Vertrages, und die Existenz eines derartigen Vertrages hängt nur von dem Vorhandensein der Voraussetzungen ab, die im allgemeinen Teil und in den allgemeinen Lehren der Schuldverhältnisse des BGB. für das Bestehen eines Vertrages überhaupt aufgestellt sind.

Diesem Vertragstypus gehört auch der Schuldbeitrittsvertrag an, nicht aber der Schuldübernahmevertrag, da dessen Begründung den Parteien die Beobachtung der Vorschriften des 5. Abschnittes der Schuldverhältnisse auferlegt. (§§ 414 ff. BGB.)

Gleichwohl kennzeichnet beide Verträge eine gewisse Wesensverwandtschaft, nämlich insofern, als sie beide einen bisher Unbeteiligten zu einer bestehenden Schuld in rechtliche Beziehungen setzen und dadurch ein und demselben Gläubiger gleichsam neue Kräfte zur Befriedigung seines formell schon gedeckten Interesses dienstbar machen. Vor allem aber ist in

und den Beitretenden zu Gesamtschuldnern, aber der „Forderungsbeitritt" nicht dementsprechend den Beitretenden und den „Erstgläubiger" zu Gesamtgläubigern werden. Denn der aus einem Vertrage zu Rechten eines dritten Verpflichtete darf nicht nach seinem Belieben an jeden der Gläubiger (§ 428 BGB.), sondern soll ausschließlich an den dritten leisten. Infolgedessen hat auch der „Erstgläubiger" keinen Anspruch auf Leistung an sich, sondern nur einen Anspruch auf Leistung an den dritten, den Beigetretenen, sofern nicht ein anderer Wille der Vertragsschließenden anzunehmen ist (BGB. § 335). Im Ergebnis übereinstimmend u. a. v. Staudinger, Vorbem. II, 3 zu §§ 328 ff.; Schollmeyer, Vorbem. 3 zu §§ 420 ff.

3. Schließlich gründet sich beim „Forderungsbeitritt" der Anspruch des dritten auf den Beitrittsvertrag, dagegen beim Schuldbeitritt die Verpflichtung des dritten nicht auf den Beitrittsvertrag, sondern auf das Urschuldverhältnis (siehe unten § 15, II b und § 16).

[1]) So richtig Wolf, S. 42, Brütt, S. 29; unrichtig Josef in D. J.-Z., 1903, S. 42.

beiden Fällen das Bestehen einer Verpflichtung materielle Voraussetzung für das Entstehen einer Verpflichtung oder — präziser ausgedrückt — für das Verpflichtetwerden eines bisher Nichtverpflichteten. Demnach gleichen sich beide Verträge in der Hinsicht, ob die Verpflichtung des dritten (Übernehmers oder Beitretenden) entsteht. Vielleicht auch darin, wie sie entsteht?

Faßt man nur die persönliche Seite des Vertragsschlusses ins Auge, so findet man zwei Spielarten des Schuldübernahmevertrages im Gesetz anerkannt. Die hier zunächst in erster Linie interessierende Möglichkeit, daß er von dem Gläubiger mit dem dritten abgeschlossen wird, ist auch für den Schuldbeitrittsvertrag gegeben, schon allein um deswillen, weil seine Wurzeln in dem Boden der Vertragsfreiheit zu suchen sind.

II. Beide, Schuldübernahme- und Schuldbeitrittsvertrag, üben auf einen vorhandenen Schuldnexus eine bestimmte, nicht im Endziel, aber in der Art des Eintritts übereinstimmende Wirkung aus.

a) Die Wirkung des Schuldübernahmevertrages ergibt sich aus § 414 BGB.:

> „Eine Schuld kann von einem dritten durch Vertrag mit dem Gläubiger in der Weise übernommen werden, daß der dritte an die Stelle des bisherigen Schuldners tritt."

Ob diese Ausdrucksweise als eine glückliche zu bezeichnen ist,[2]) will ich hier ganz dahingestellt sein lassen. Was der Gesetzgeber gemeint und gewollt hat, glaube ich jedenfalls unschwer aus dem § 414 BGB. herauslesen zu können: unmittelbar mit Abschluß des Vertrages geht einerseits die Schuld von dem bisherigen Schuldner auf den dritten über, wechselt andererseits das Bekommensollen des Gläubigers, ohne an sich irgendeine materielle Änderung zu erleiden, seine subjektive Richtung.[3]) Und einzige Voraussetzung dieser Rechts-

[2]) Vergl. Westerkamp, S. 216.

[3]) Ebenso Planck, § 414, Bem. 1; Schollmeyer, § 414, Bem. 1; Endemann, § 153, 2 a, S. 885; Goldmann-Lilienthal, § 122, Anm. 8, S. 450.

folgen ist die Übereinstimmung des auf Schuldübergang gerichteten Parteiwillens. Liegt sie in fehlerfreier Form vor, so tritt die gewollte Rechtsänderung ohne jedes weitere Zutun der Parteien kraft Gesetzes ein. Diese Erscheinung veranlaßt mich, dem Schuldübernahmevertrag dingliche Wirkung[4]) zuzuschreiben.[5]) Denn er verpflichtet eben nicht erst den dritten zur Schuldübernahme, begründet auch nicht für ihn eine objektiv neue Schuld, sondern macht ihn zum Träger einer bereits bestehenden Schuld.

Genau so verhält es sich nun mit dem Schuldbeitrittsvertrag. Auch er dient den Parteien als rechtliches Mittel, um die Verpflichtung einer Person, die vordem nicht verpflichtet war, zur Entstehung zu bringen. Auch er vermag aus sich selbst heraus die Verpflichtung des Beitretenden nicht zu begründen, sondern bezweckt nur die Nutzbarmachung und subjektive Ausdehnung einer vorhandenen Verpflichtung. Auch er läßt die Substanz des Gläubigerrechts

[4]) Insofern kann man den Schuldübernahmevertrag mit dem Erlaß- und Abtretungsvertrag auf eine Stufe stellen. Denn ebenso wie der Abschluß des Erlaßvertrags ohne weiteres die Schuld zum Erlöschen bringt (§ 397 BGB), so läßt auch der Abschluß des Abtretungsvertrages ohne weiteres den neuen Gläubiger in die Stelle des bisherigen einrücken, dessen Forderung auf ihn unmittelbar hinübergleiten (§ 398 BGB). Schon die Fassung des § 398 BGB. hat eine gewisse Ähnlichkeit mit der des § 414 BGB., die sich bis zur Gleichartigkeit steigern ließe, ohne daß dadurch der materiellen Bedeutung beider Paragraphen Abbruch geschähe. Man brauchte nämlich nur das Satzgefüge des § 398 oder des § 414 etwas umzumodeln, indem man entweder im § 398 den zweiten Hauptsatz in einen Konsekutivnebensatz oder im § 414 den Nebensatz in einen zweiten Hauptsatz verwandelt. Dann würde sich folgende Zusammenstellung ergeben:

1. § 398. („Eine Forderung kann von dem Gläubiger durch Vertrag mit einem anderen auf diesen in der Weise übertragen werden, daß der andere an die Stelle des bisherigen Gläubigers tritt") — § 414 (unverändert).
2. § 398 (unverändert) — § 414 („Eine Schuld kann von einem dritten durch Vertrag mit dem Gläubiger übernommen werden. Mit Abschluß des Vertrages tritt der dritte an die Stelle des bisherigen Schuldners").

[5]) Übereinstimmend mit Endemann, § 153, 2a, S. 885; vergl auch Steyert, S. 17, und vor allem Jung, Bereicherungsansprüche, S. 36.

unberührt. Aber während diesem der Schuldübernahmevertrag eine andere Richtung gibt, beläßt ihm der Schuldbeitrittsvertrag seine alte Richtung und weist ihm daneben eine zweite. Und während der Schuldübernahmevertrag die dem Bekommensollen des Gläubigers zugrunde liegenden subjektiven Beziehungen löst, indem er den Urschuldner befreit, um sie in der Person des nun mit der Schuld belasteten Übernehmers neu herzustellen, verstärkt sie der Schuldbeitrittsvertrag dadurch, daß er dem Gläubiger ein zweites Angriffsobjekt verschafft. Denn kraft des Schuldbeitrittsvertrages wird die Schuld nicht dem Urschuldner abgenommen, sondern nur auf den Beitretenden miterstreckt. Diese Rechtsfolge tritt nun ebenso wie bei der Schuldübernahme in dem Augenblicke ein, wo die Willenseinigung der Parteien perfekt geworden ist, tritt also ebenfalls mit dinglicher Wirkung ein. Hat z. B. A. dem Gläubiger des B. erklärt, er wolle neben B. zur Rückzahlung des diesem gewährten Darlehns, zur Begleichung von dessen Kaufgeldschuld verpflichtet sein, so ist mit Annahme eines solchen Antrags durch den Gläubiger der Schuldbeitritt vollzogen, A. Schuldner geworden. Aber sein Leistensollen gründet sich nicht auf den Schuldbeitrittsvertrag, sondern auf dasjenige Schuldverhältnis, dem er beigetreten ist. Er ist Darlehnsschuldner geworden, ohne ein Darlehn empfangen zu haben, ist Schuldner aus Kauf geworden, ohne gekauft zu haben.[6]) Hierin berührt sich ja gerade der Schuldbeitritt mit der Schuldübernahme. Denn derjenige, der eine Schuld aus käuflicher Lieferung übernimmt, wird damit auch Schuldner aus Kauf, ohne tatsächlich gekauft zu haben. Diese Gleichartigkeit beider Verträge kann nur auf deren dingliche Wirkung zurückgeführt werden, die für den Fall der Schuldübernahme im § 414 BGB. Ausdruck gefunden hat.

b) Weil nun der Schuldbeitrittsvertrag den Eintritt der gewollten Rechtsänderung mit dinglicher Wirkung herbeiführt, deshalb muß er auch demjenigen Rechtsgeschäft gegenüber eine völlig unabhängige Stellung einnehmen, in dessen Rahmen die

[6]) Vergl. Enneccerus, § 417, I, S. 1061.

Einigung über die Rechtsänderung wirtschaftlich, rechtlich, selbst infolge tatsächlicher Verbindung hineingehört. Denn darin besteht ja gerade das Wesen der dinglichen Wirkung, daß in dem Momente, wo der Parteiwille übereinstimmend auf Schuldbeitritt gerichtet ist, der Beitretende Schuldner wird, gleichgültig ob diese Tatsache in dem sogenannten Grundgeschäft ihre materielle Rechtfertigung findet oder nicht, mag dieses auch nichtig, anfechtbar oder sonst irgendwie entkräftbar sein.

Demzufolge ist der Schuldbeitrittsvertrag ein von seiner Zweckbestimmung losgelöster, ein abstrakter Vertrag.[7])

Der Beitretende vermag also das Entstehen seiner Beitrittsverpflichtung nicht dadurch in Frage zu stellen, aufzuschieben oder gar zu verhindern, daß er die ihm aus dem Grundgeschäft zustehenden Einwendungen auch dem Beitrittsgläubiger entgegenhält. Will er überhaupt sich der Erfüllung seiner Beitrittsschuld ganz oder teilweise entziehen, so muß er versuchen, deren Bestehen mit Hilfe des sich allerdings auf das Grundgeschäft stützenden Bereicherungsanspruches (§§ 812 ff. BGB.) zu bestreiten und zu annullieren. Daß der Beigetretene auf diese Befugnis beschränkt ist, beruht auf der abstrakten Natur des Beitrittsvertrages unter der Voraussetzung, daß er sich an ein Rechtsgeschäft zwischen dem Beigetretenen und dem Gläubiger anlehnt. Hat nämlich Anlaß zu seinem Abschluß ein zwischen dem Beigetretenen und dem Urschuldner bestehendes Rechtsverhältnis gegeben, so können die aus diesem hergeleiteten Einwendungen weder in unmittelbarer noch in der durch den Bereicherungsanspruch vermittelten Anwendung dem Beitrittsgläubiger entgegengesetzt werden, und zwar nicht

[7]) Ausdrücklich zustimmend Crome, § 203, III, S. 359; Hellwig, Verträge auf Leistung an dritte, S. 178; David im R., 1903, S. 355; Salinger, a. a. O., S. 88; Neuburger in den Jahrb. d. württemb. Rpfl., Bd. 14, S. 382; Cosack, § 162, III, 2, S. 599. A. A. Brattig, S. 6, 7, 17; Martinius in Gruchot, Bd. 49, S. 209 ff.; Silbermann in Seuff. Bl. f. R.-A., Bd. 68, S. 369. Für den analogen Fall der Schuldübernahme: vergl. Planck, § 414, Bem. 1; v. Staudinger, § 414, Bem. 2; Crome, § 202, 3, S. 351; Goldmann-Lilienthal, § 122, II, S. 449; Enneccerus, § 309, I, S. 785; Oertmann, Vorbem. 4 zu §§ 414 ff.; Endemann, § 183, 4b, S. 892; Müller-Meikel, § 97, S. 317, u. a. m.

um deswillen, weil der Beitrittsvertrag abstrakt ist, sondern weil der Rechtsgrund jener Einwendungen immer eine dem Beitrittsgläubiger fremde Angelegenheit bleibt, quia res inter alios acta tertiis nec prodest nec nocet.

Die abstrakte Natur des Schuldbeitrittsvertrages dadurch zu erklären, daß man ihn in die Kategorie der gemäß §§ 780, 781 BGB. abstrakten Schuldverträge einzureihen versucht.[8]) ist meiner Ansicht nach ein namentlich aus folgenden Gründen gänzlich verfehltes Beginnen.[9])

Der abstrakte Schuldvertrag der §§ 780, 781 BGB. ist ein Vertrag, „durch den eine Leistung in der Weise versprochen wird, daß das Versprechen die Verpflichtung selbständig begründen soll". Das kann doch nichts anderes bedeuten als: das bloße, in materiell-wirtschaftlicher Hinsicht tatbestandslose Versprechen des einen Kontrahenten gibt einzig und allein den Schuldgrund für seine Verpflichtung ab, und zwar deshalb, weil die Parteien es so wollen, weil sie die Verpflichtung von dem das Versprechen veranlassenden Schuldverhältnisse loslösen wollen. Zu dieser Trennung von Grund und Folge sind aber die Parteien nicht aus eigener Machtvollkommenheit, nicht schlechthin, sondern nur innerhalb der durch §§ 780, 781 BGB. gezogenen Schranken befugt. Demnach empfangen die Verträge der §§ 780, 781 BGB. ihre Abstraktheit von dem durch das Gesetz autorisierten, ausdrücklichen Parteiwillen.[10])

Dagegen beruht die Abstraktheit des Schuldbeitrittsvertrages auf seiner dinglichen Wirkung, beruht auf seiner Rechtsnatur, also in letzter Linie auf dem ihn anerkennenden Recht,

---

[8]) So Birkenbihl im R., 1903, S. 286; Hellbach im R., 1903, S. 335; auch OLGE., Bd. 14, S. 21.

[9]) Vergl. Rümelin im Arch. f. d. ziv. Prax., Bd. 97, S. 226, 238 ff.

[10]) Ebenso Oertmann, Vorbem. 4 zu §§ 780 ff.; Enneccerus, § 420, III, 3, S. 1071; Planck, § 780, Bem. 1c; Müller-Meikel, § 183, S. 625; Eck, Verträge, S. 576; Tränkner im Sächs. A., Bd. 9, S. 193; Putzler in J. W., 1901, S. 388; Wienstein in Gruchot, Bd. 48, S. 484; Merckens in Ztschr. d. deutsch. Notarvereins, 1905, S. 581; Westerkamp, S. 547. Vergl. auch Mot., Bd. II, S. 689, 693; Prot., Bd. II, S. 302, 505; Denkschrift, S. 93.

so daß der Parteiwille wenigstens in dieser Beziehung überhaupt einflußlos, rechtlich irrelevant bleibt. Überdies werden in der Regel die Parteien den Schuldbeitrittsvertrag gar nicht abstrakt gestalten, gar nicht von dem ihm zugrunde liegenden Rechtsverhältnis loslösen wollen. Denn beide Rechtsgeschäfte gehören zumeist wirtschaftlich eng zusammen, und wirtschaftlich Zusammengehöriges pflegen die Parteien nicht auseinanderzureißen. Und dennoch führt ein Teil ihres vermeintlich einheitlichen Wollens, nämlich die Einigung über den Schuldbeitritt, eine Rechtsfolge herbei, die von den übrigen mit ihr wirtschaftlich und tatsächlich verbundenen Rechtsbeziehungen vollkommen losgelöst ist. Selbst wenn die Parteien dem Beitrittsvertrag völlige Unabhängigkeit gegenüber dem ihn veranlassenden Rechtsverhältnis verleihen wollten, so würden sie damit einerseits ihren Willen nur auf ein Ziel richten, das sie auch ohnedem erreichen würden, andererseits aber nie und nimmer den Beitrittsvertrag zu einem im Sinne von §§ 780, 781 abstrakten Vertrage stempeln.[11])

Denn ein weiterer fundamentaler Unterschied zwischen beiden Verträgen besteht darin, daß der abstrakte Schuldvertrag eine Verpflichtung nicht nur schafft, sondern auch gleichzeitig durch das in ihm enthaltene Versprechen nach positiver Rechtsordnung genügend begründet, während die Beitrittsschuld sich nicht auf den Beitrittsvertrag, sondern auf das den Beitritt auf sich beziehende Schuldverhältnis zwischen dem Gläubiger und Urschuldner gründet.[12])

Wenn der gemäß §§ 780, 781 BGB. abstrakt Verpflichtete die jeweils versprochene Leistung bewirkt, so leistet er erst damit, wozu er sich durch sein Versprechen erboten hat, so

[11]) Das übersieht David im R., 1903, S. 356, wenn er behauptet, daß der Schuldbeitritt nur in der Regel kein abstraktes Schuldversprechen sei; auch Brattig (S. 19—21), der von der falschen Voraussetzung ausgeht, daß der Schuldbeitrittsvertrag ein kausaler Vertrag sei, der aber doch zuweilen (z. B. S. 19 unten) der Wahrheit sehr nahe kommt. Bedenklich auch v. Staudinger, § 780, Bem. I, 6.

[12]) So insbesondere Hellwig, Rechtskraft, S. 314; Westerkamp, S. 222, 551; auch RG. im R., 1908, Nr. 2913 = J.W., 1908, S. 548.

wird erst damit der abstrakte Schuldvertrag erfüllt. Was aber der Beitretende durch seinen Vertragsantrag angeboten hat, das hat er bereits in dem Augenblicke geleistet, in dem seine Offerte vom Gläubiger angenommen wird: jetzt ist er Schuldner des bestehenden Schuldverhältnisses geworden, und damit ist der Beitrittsvertrag erfüllt.[13]) In dessen Abschluß liegt also gleichzeitig auch seine Erfüllung. Realisierung der Beitrittsschuld in irgendeiner Form bedeutet nie Durchführung des Beitrittsvertrages, sondern stets Durchführung des Urschuldverhältnisses. Der Schuldbeitrittsvertrag soll eben nur eine bestehende Verpflichtung auf eine ihr bisher nicht unterworfene Person miterstrecken, und diese seine Aufgabe ist in dem Momente seines Zustandekommens restlos erfüllt. Dagegen ist der abstrakte Schuldvertrag erst mit der Realisierung der durch ihn begründeten Verbindlichkeit erledigt.

Diese ganze Unterscheidung läuft aber nur hinaus auf den konträren Gegensatz: abstrakt mit dinglicher Wirkung — abstrakt mit obligatorischer Wirkung.

Schließlich setzt aber der abstrakte Schuldvertrag der §§ 780, 781 BGB. auch immer eine zwischen seinen Kontrahenten bestehende Grundobligation voraus, zu deren Durchführung oder Sicherung er dienen soll.[14]) Denn einen schlechthin abstrakten, jeglichen Grundgeschäftes ermangelnden Vertrag kann ich mir nicht vorstellen, da es die Fähigkeit abstrakt zu wollen nicht gibt, sondern die Rechtsordnung nur gewisse Rechtsgeschäfte mit Rücksicht auf ihre Form und den darin zum Ausdruck gelangten Parteiwillen so behandelt, als ob abstrakt gewollt sei.[15]) Diese in §§ 780, 781 BGB. als unentbehrlich vorausgesetzte Grundobligation fehlt aber dem Schuldbeitrittsvertrag in der Regel, weil nämlich seine Veranlassung nur selten in dem Verhältnis des Gläubigers zum Beigetretenen liegt.

III. Der rechtsgültig zustande gekommene Beitritt zu einer Darlehns-, einer Kaufschuld usw. macht den Beigetretenen zum

[13]) Ders. A. namentlich Salinger, a. a. O., S. 89.
[14]) So Rümelin im Arch. f. d. ziv. Prax., Bd. 97, S. 243.
[15]) Ebenso Wienstein in Gruchot, Bd. 48, S. 477—478.

Schuldner aus Darlehn, Kauf usw., so daß er genau die gleiche Leistung zu bewirken verpflichtet ist wie der, dessen Schuld er beigetreten ist. Von nun an hat also die inhaltlich nicht erweiterte Urschuld zwei Subjekte ein und desselben Leistensollens. Indes kann der Gläubiger die Leistung nur von einem, allerdings nach seinem Belieben von dem Erstschuldner oder dem Beigetretenen fordern.

Daraus folgt, daß beide, Urschuldner und Beigetretener, von dem Momente des Beitritts ab Gesamtschuldner sind.[16],[17])

§ 16.

Schuldbeitrittsvertrag zwischen dem Urschuldner und dem dritten?

In Anbetracht des Umstandes, daß eine Schuldübernahme nicht nur durch Vertrag des Gläubigers mit dem dritten, sondern auch durch einen zwischen dem Urschuldner und dem dritten abgeschlossenen, allerdings der Genehmigung des Gläubigers bedürfenden Vertrag (§ 415 BGB.) herbeigeführt werden kann, liegt es sehr nahe, die Frage aufzuwerfen, ob nicht auch der Schuldbeitritt Ergebnis einer rechtsgeschäftlichen Vereinbarung zwischen dem Urschuldner und dem dritten sein kann.

Die Entscheidung dieser Frage wird ungemein dadurch erschwert, daß der § 415 BGB. Gegenstand der verschiedensten Konstruktionsversuche und des lebhaftesten Streites in der Literatur gewesen ist[1]) und bleibt. Sie läßt sich m. E. noch

[16]) Ders. Ansicht Planck, Vorbem. 2a zu §§ 414 ff.; Enneccerus, § 308, III, 2c, S. 784 und § 315, II, 1b, S. 803; Endemann, § 153, Anm. 3, S. 884; Goldmann-Lilienthal, § 122, Anm. 4, S. 450; Schollmeyer, Vorbem. 3 zu §§ 414 ff.; v. Staudinger, Vorbem. 3 zu §§ 414 ff.; Crome, § 202, 1, S. 350; Schurter in der Ztschr. f. Schweiz. Recht, Bd. 42, S. 345; Brattig, S. 29; Heuburger, a. a. O., S. 381; Salinger, a. a. O., S. 83; Westerkamp, S. 233, 19o; Martinius in Gruchot, Bd. 49, S. 183. — Vergl. auch Hellwig, Verträge auf Leistung an dritte, S. 176, Anm. 345.

[17]) Die sich hieraus weiter ergebenden Rechtsfolgen sind aus Zweckmäßigkeitsgründen im § 17 dargestellt.

[1]) Vgl. darüber die Zusammenstellung bei Windscheid-Kipp, S. 103 ff.

am glattesten gewinnen, wenn man von dem Gesichtspunkt ausgeht: wo liegt der Schuldgrund für die jeweilige Verpflichtung?

Ich meine nun, man muß unter allen Umständen daran festhalten, daß, wie ich schon mehrfach hervorgehoben habe, der Schuldgrund für die Beitrittsverpflichtung [2]) nie in dem sie erzeugenden Vertrage, sondern stets in dem Verhältnis des Gläubigers zum Urschuldner, in dem Urschuldverhältnis liegt. Um diese Konsequenz kommt jedenfalls derjenige nicht herum, der dem Beitrittsvertrag dingliche Wirkung zuschreibt, also in ihm nur das zur Begründung der Passivlegitimation [3]) des dritten dienende rechtliche Mittel erblickt.

Nun ist aber ein Schuldbeitrittsvertrag zwischen dem Urschuldner und dem zum Beitritt bereiten dritten nur als Vertrag zu Rechten eines dritten denkbar. Zum Beispiel: A. verspricht dem B., mit ihm Gesamtschuldner der an C. zu bewirkenden Leistung zu sein, und beide treffen die ausdrückliche Bestimmung, daß ihre Vereinbarung den C. unmittelbar berechtigen soll, die Leistung auch von A. zu fordern (vergl. § 328 BGB.). Hier geht das Bekommensollen des Gläubigers C. zwar dem Gegenstande nach wohl auf das gleiche, wie wenn A. durch Vertrag mit C. der Schuld des B. beigetreten wäre. Aber der zu Rechten des C. abgeschlossene Vertrag schafft eine Forderung mit selbständigem Rechtsgrunde [4]): eine Erscheinung, die mit dem Prinzip der Schuldsukzession m. E. schlechterdings unvereinbar ist. [5]) Denn dieses läßt nicht eine neue Verpflichtung entstehen, sondern die alte fortbestehen, mag sie nun einem Subjektswechsel oder einer Subjektsvervielfältigung unterworfen werden. Nähme nun C. unter Berufung auf den zu seinen Rechten abgeschlossenen Vertrag den A. in Anspruch, so würde er damit nicht wie als

[2]) Vergl. ROHGE., Band 8, S. 118.

[3]) Vergl. z. B. Schurter, a. a. O., S. 335, 357; Westerkamp, S. 44.

[4]) So v. Blume in Iher. Jahrb., Bd. 39, S. 398.

[5]) Ebenso Hellwig, Rechtskraft, S. 314; v. Blume, a. a. O., S. 399; v. Blume, Novation, Delegation, Schuldübertragung, S. 115, S. 114, Anm. 6.

Beitrittsgläubiger seine alte Forderung gegen den Urschuldner in einer zweiten subjektiven Richtung, sondern eine vollständig neue Forderung geltend machen. Und die causa debendi für A. würde der Vertrag zu Rechten des C., nicht das Urschuldverhältnis bilden.[6]) Mithin charakterisiert sich der von dem Urschuldner mit dem dritten gemäß § 328 BGB. abgeschlossene Vertrag nicht als Schuldbeitrittsvertrag, immerhin aber als ein ihm wirtschaftlich ähnliches Verhältnis.[7])

Dasselbe muß auch von einem inhaltlich dem § 329 BGB. angepaßten Vertrage gelten,[8]) da der § 329 nur für einen An-

[6]) So insbesondere Hellwig, Rechtskraft, S. 314.

[7]) Im Ergebnis übereinstimmend mit Planck, Vorbem. 2b zu §§ 414 ff.; Endemann, § 153, Anm. 3, S. 884; Hellwig, Verträge auf Leistung an dritte, S. 178, 184. Vergl. auch RGE., Bd. 33, S. 191; Menzel, S. 8—9; Hallbauer im Bankarchiv, 1908, S. 337. Die herrschende Meinung freilich anders: Oertmann, § 415, Bem. 1; Windscheid-Kipp, S. 406 oben; Enneccerus, § 308, III, 2a, S. 783; Cosack, § 116, II, 1, S. 399; v. Staudinger, Vorbem. 3 zu § 414 ff.; Wolf, S. 56; Brattig, S. 8 ff.; Salinger, a. a. O., S. 91; Goldmann-Lilienthal, § 99, Anm. 10, S. 389; Westerkamp, S. 475.

[8]) Geradezu falsch: Wolf, S. 55 („Letzterer (der Beitretende) schuldet die Leistung aus demselben Rechtsgrunde wie der Urschuldner; denn man wird regelmäßig nicht annehmen können, daß derselbe sich hat abstrakt verpflichten wollen"). Eine eigentümliche, sich selbst widersprechende Auffassung vertritt v. Staudinger in Bem. b zu § 329: um die nach dem ausdrücklichen Willen des Schuldners und des Übernehmers den Gläubiger unmittelbar berechtigende Erfüllungsübernahme zur kumulativen Schuldübernahme zu erheben, müsse der Übernahmevertrag von dem Gläubiger genehmigt werden. (Nähere Begründung fehlt, Verweisung auf §§ 414, 415 irreführend!) Aber selbst wenn der Gläubiger genehmige, so liege doch keine wirkliche kumulative Schuldübernahme vor (Bem. b β zu § 329; Staudingers Argumentation vollkommen unverständlich!). Allerdings sei der Unterschied der kumulativen Schuldübernahme von der kumulativen Erfüllungsübernahme des § 329 mehr von rein theoretischem als praktischem Interesse Denn (!) in beiden Fällen ständen dem Übernehmer alle Einwendungen zu, die sich aus dem Rechtsverhältnisse zwischen dem Erstschuldner und dem Gläubiger ergeben (Begründung: §§ 334, 417 Satz 1!? § 334 ist überhaupt kein Beleg für Staudingers Ansicht, denn er handelt ja von den Einwendungen, die sich aus dem Übernahmevertrage, also aus dem Rechtsverhältnis zwischen Erstschuldner und Über-

wendungsfall des § 328 die vom Gesetzgeber dem Rechtsverkehr aufoktroyierte Auslegungsregel gibt.

Vollends ausgeschlossen ist m. E. eine analoge Anwendung des § 415 BGB. auf den Schuldbeitritt. Denn der § 415 ist einerseits ganz speziell auf den Fall der Schuldübernahme, auf den Fall, daß der Erstschuldner frei wird, zugeschnitten, weshalb er die Genehmigung des Gläubigers vorschreibt, und andererseits erscheint er mir in seiner materiellrechtlichen Bedeutung viel zu fragwürdig und viel zu bestritten, um irgendwelche Folgerungen allgemeiner Art zu gestatten.[9])

B. Bürgschaft und Schuldbeitritt.

Vorbemerkung.

Da in diesem Abschnitt versucht werden soll, ein namentlich der Praxis als Wegweiser dienendes, grundsätzliches Unterscheidungsmerkmal zwischen Bürgschaft und Schuldbeitritt zu finden, werden hier nur diejenigen Rechtssätze erörtert, aus denen man vielleicht einen Rückschluß auf das dem einen Rechtsinstitut im Verhältnis zum anderen spezifische Wesen ziehen könnte.

§ 17.

Spezielle Unterscheidung zwischen Bürgschaft und Schuldbeitritt.

I. Der fundamentalste, wenn auch mehr für die Theorie als für die Praxis bedeutsame Unterschied zwischen Bürgschaft und Schuldbeitritt besteht darin, daß der Bürge nur haftet, der Beitretende aber schuldet und haftet.[1]) Der Bürge soll nur „einstehen", soll den Gläubiger nur für die ausgebliebene Erfüllung der Schuld desjenigen, für den er sich verbürgt hat, schadlos halten,[2]) während der Beitretende prinzipaliter das-

nehmer ergeben!) Vergl. dazu auch Brattig, S. 9, Anm. 2! Ders. Ans. wie oben im Text übrigens namentlich v. Blume in Iher. Jahrb., Bd. 39, S. 427.

[9]) Daher völlig unzutreffend Heil, S. 126, 127.

[1]) Ebenso Isay, a. a. O., S. 194.

[2]) Vergl. oben § 8.

selbe wie derjenige, dessen Schuld er beigetreten ist, leisten und für die Erfüllung dieser seiner Schuld auch gleichzeitig wie jeder Schuldner überhaupt einstehen soll.[3])

Diese Grundverschiedenheit tritt in folgendem Fall besonders deutlich zutage: A. und B. sind Gesamtschuldner des C.; da nun C. den A. für leistungsunwillig hält, es aber wiederum aus irgendwelchen Gründen gerade darauf absieht, daß A. seiner Verpflichtung genügt, sucht er sich nach dieser Richtung hin eine Sicherung in der Person des B. zu verschaffen. Der Schuld des A. kann B. hier schlechterdings nicht mehr beitreten, denn er ist ja bereits Gesamtschuldner mit ihm. Wohl aber kann er sich noch für die Erfüllung der Schuld des A. verbürgen, seine Gegenstände der Zwangsgewalt des C. unterwerfen, damit sich dieser aus ihnen Ersatz für die Nichterfüllung der Verbindlichkeit des A. verschaffe. Wird B. nun wirklich Bürge, so ist er hinfort Subjekt zweier Haftungsverhältnisse: einmal haftet er für seine eigene Schuld und zum anderen für eine fremde Schuld.[4]) Beide Haftungsverhältnisse könnte man mit zwei sich kreuzenden Kreisen vergleichen: zum Teil decken sie sich, insoweit es sich nämlich um den Schuldgegenstand schlechthin, um die zu bewirkende Leistung als solche handelt; z. T. fallen sie auseinander, insoweit es sich um den Umfang ihrer tatsächlichen Realisierung handelt. Denn angenommen, beide, A. und B., sind in Verzug gekommen, so wird doch dem Gläubiger, weil er eben ein besonderes Interesse an dem Tätigwerden des vielleicht befähigteren, geschickteren A. hat, dessen Nichtleistung einen — unter Umständen sogar erheblich — größeren Nachteil zufügen als die Nichterfüllung der Schuld des B. Der für seinen Mitschuldner bürgende Gesamtschuldner müßte also aufkommen zunächst für alle Nachteile, die seine eigene Nichtleistung für den Gläubiger mit sich bringt, und darüber hinaus noch für die Differenz zwischen den aus seiner eigenen Nichtleistung und der des A. dem Gläubiger erwachsenden Nachteilen. Die Größe dieser

[3]) Vergl. S. 25.

[4]) Vergl. Isay, a. a. O., S. 206—207.

Differenz bestimmt sich danach, wie hoch der Gläubiger die Persönlichkeit des einzelnen Gesamtschuldners mit Rücksicht auf den begehrten Leistungserfolg normalerweise bewerten darf und bewertet, und zum anderen danach, ob und inwieweit das Leistungsverhalten des einzelnen Gesamtschuldners die ihm zuteil gewordene Bewertung tatsächlich rechtfertigt.

Bei der so vollzogenen Begrenzung des Umfangs der Haftung tritt gleichzeitig die stark ins Persönliche einschlagende Nuancierung jedes Haftungsverhältnisses überhaupt hervor. Wer haftet, der haftet eigentlich nicht so sehr für den Leistungsgegenstand, als eben für die Person desjenigen, der leisten soll, mag nun dessen Person mit der des Haftenden identisch sein oder nicht.[5]) Und diese nach der Persönlichkeit des Schuldners abgetönte Färbung zeigt auch die Bürgschaft[6]), aber nicht um ihrer selbst willen, sondern weil sie ein Haftungsverhältnis darstellt.

II. Bürgschaft und Schuldbeitritt[7]) setzen in der Regel die Existenz einer sie auf sich beziehenden Verbindlichkeit voraus. Ich betone: in der Regel. Denn

a) einmal sanktioniert das Gesetz selbst Bürgschaften für künftige Verbindlichkeiten (§ 765 Abs. 2 BGB.). Hier haftet der Bürge im Hinblick auf eine Schuld, obgleich sie noch nicht entstanden ist. Diese eigenartige Erscheinung vermag nur die rechtliche Natur der Bürgschaft als eines Haftungsverhältnisses zu erklären. Schuld und Haftung sind Gegensätze, also in ihrer Existenz voneinander unabhängig.[8]) Der Schuld fehlt

---

[5]) Das zeigt sich am deutlichsten dann, wenn für einen der beiden Gesamtschuldner, z. B. für A., sich ein dritter (D.) verbürgt hat. Hier berechtigt den Gläubiger nicht schon der Umstand, daß B. mit der Leistung des Schuldgegenstandes in Verzug ist, zum Angriff gegen den Bürgen D., sondern erst der Verzug des A.

[6]) Ähnlich Unger in Iher. Jahrb., Bd. 29, S. 23—24; Westerkamp, S. 303; Planck, § 765, Bem. 6; Müller-Meikel, § 177, S. 609; Brattig, S. 27—28. Vergl. auch l. 31 D 46, 3 und l. 8 § 37 D 46, 1.

[7]) Vergl. dazu Windscheid, § 301, Anm. 2, S. 236, 337.

[8]) Isay, a. a. O., S. 190; v. Staudinger, Vorbem. I, 1 zu §§ 241 ff.; Richter, S. 22 ff.; Puntschart, Grundschuldbegriff, S. 1, 13; Bekker in Iher. Jahrb, Bd. 49, S. 52—53.

zuweilen eine ihr annexe Haftung ebenso, wie es umgekehrt auch eine Haftung ohne Schuld gibt. Dieser Untergruppe von Haftungsverhältnissen gehört nun die für eine künftige Verbindlichkeit übernommene Bürgschaft an.

Dagegen ist ein Beitritt zu einer künftigen Schuld meiner Ansicht nach schon um deswillen ein begriffliches Unding, weil dem Beitrittsvertrag dingliche Wirkung eignet.[9]) Denn das Ergebnis eines Vertrages, der die Miterstreckung einer künftigen Schuld vermitteln sollte, wäre gleich Null. Es würde eine künftig entstehende Schuld auf X. erstreckt, also rechtlich und tatsächlich ein Nichts. Die Erklärung des X., er trete der künftigen Schuld irgendeiner bestimmten Person bei, kann m. E. höchstens als eine zum künftigen Abschluß eines Beitrittsvertrages verpflichtende Erklärung aufgefaßt werden.

b) Auch für eine bedingte Verbindlichkeit kann eine Bürgschaft übernommen werden. Die Frage, ob hier die Bürgenhaftung unbedingt oder gleich der verbürgten Schuld bedingt ist, hat im Hinblick auf die erstrebte Klarlegung des die Unterscheidung der Bürgschaft vom Schuldbeitritt einzig maßgebenden Gesichtspunktes rein theoretische, also untergeordnete Bedeutung und soll deshalb hier offengelassen werden.

Immerhin glaube ich davor warnen zu müssen, den Begriff der bedingten Haftung falsch zu fassen. Der zur Bedingung gesetzte Umstand ist nicht etwa die Nichterfüllung der Schuld.[10]) Denn hierin läge nur die rechtlich vollkommen unerhebliche, überflüssige Betonung eines dem Begriff der Haftungsrealisierung immanenten Elementes. Vielmehr ist die bedingte

[9]) Übereinstimmend Wolf, S. 63. Sonst hat die Theorie diese Frage, soweit ich sehe, überhaupt noch nicht näher betrachtet. Hingegen bejahen (!) die Möglichkeit, eine künftige Schuld zu übernehmen, u. a. Planck, § 414, Bem. 3 i. Vbdg. m. § 398, Bem. 4e; v. Staudinger, § 414, Bem. 3; Schollmeyers Auffassung (§ 414, Bem. 5), die Übernahme einer künftigen Schuld sei eine bedingte Schuldübernahme, erscheint mir annehmbarer.

[10]) So Richter, S. 32. Das Bestehen einer Schuld ist allerdings nicht condicio für die Wirksamkeit der Haftung — hierin muß ich Richter (S. 32, Anm. 1) zustimmen —, aber ebensowenig für die Realisierung der Haftung, wie Richter meint, sondern nur für ihre Realisierbarkeit.

Haftung eine in ihrem Existentwerden von der Entstehung einer Schuld abhängige Haftung, und diese Art der Abhängigkeit ist allerdings dem Haftungsbegriff nicht wesentlich, da es auch eine Haftung ohne Schuld gibt.[11])

Man lasse sich weiter nicht verleiten, daraus, daß die Haftung ein Zustand ist, zu folgern, es gebe keine bedingte Haftung.[12]) Denn auch die Schuld ist ein Zustand, und dennoch gibt es eine bedingte Schuld.[13]) Jedenfalls muß man sich mit dieser Tatsache in Anbetracht des klaren, unzweideutigen Wortlauts „bedingte Verbindlichkeit" in den §§ 765 Abs. 2, 1113 Abs. 2, 1204 Abs. 2 BGB. schlechterdings abfinden.[14]) Überdies dürfte das Vorhandensein einer bedingten Schuld den Vorschriften der §§ 160, 161 BGB. zu unterstellen sein. Gerade mit Rücksicht auf diese Bestimmungen glaube ich ohne große Bedenken die begriffliche Möglichkeit des Beitritts zu einer bedingten Schuld annehmen zu dürfen. Der Beitretende wird eben dann in das zwischen dem Gläubiger und dem Erstschuldner vor Eintritt der Bedingung zufolge §§ 160, 161 BGB. herrschende obligatorische Spannungsverhältnis aufgenommen und der sich aus diesem ergebenden rechtsgeschäftlichen Gebundenheit des bedingt Schuldenden mitunterworfen.[15]) Bei Eintritt der Bedingung wird der Beigetretene ipso iure Vollschuldner, bei Ausfall der Bedingung werden die durch seinen

---

[11]) Siehe Anm. 8 dieses Paragraphen.

[12]) So Richter, S. 31, 32.

[13]) Vielleicht könnte man — soviel will ich hier andeuten — aus dem § 160 BGB. etwas für oder wider die Möglichkeit herauslesen, daß die einer bedingten Schuld annexe Haftung unbedingt ist. Vergl. hierzu Planck, § 160, Bem. 1 im Gegensatz zu Endemann, § 77, Anm. 15, S. 383.

[14]) Es sei denn, man wollte behaupten: Die Schuld, die Haftung als solche vertrage, weil sie ein Zustand sei, überhaupt keine Bedingung; nur ihre Realisierung könne bedingt sein; da aber jede Schuld und jede Haftung nur um ihrer Realisierung willen bestehe, könne man in übertragenem Sinne mit dem Gesetzgeber von einer bedingten Schuld reden. Noch einen kleinen Schritt weiter, und man würde sich zu der Brinz'schen Auffassung, die Schuld sei eine Reflexwirkung der Haftung, bekennen müssen (vergl. Siber, Rechtszwang, S. 2).

[15]) Vergl. dazu Planck, § 398, Bem. 4d.

Beitritt hergestellten obligatorischen Beziehungen zum Gläubiger ohne weiteres gelöst.

III. Der Schuldbeitritt kann sich, wie ich im § 16 nachzuweisen versucht habe, nur auf Grund eines zwischen dem Gläubiger und dem dritten, nicht auf Grund eines zwischen dem dritten und dem Erstschuldner abgeschlossenen Vertrages vollziehen. Da hier nun alles auf die Beantwortung der Frage abgestellt ist, ob im Einzelfalle Bürgschaft oder Schuldbeitritt anzunehmen ist, so erübrigt es sich schon deshalb, die Möglichkeit einer durch Vertrag des Schuldners mit dem dritten (Bürgen) zustande gekommenen Bürgschaft zu erwägen. Wird nämlich dem Richter ein Vertrag unterbreitet, über dessen rechtliche Charakterisierung, ob Bürgschafts- oder Beitrittsvertrag, die Ansichten der Parteien auseinandergehen, so darf er meines Erachtens die Möglichkeit eines Schuldbeitrittsvertrages von vornherein dann getrost ausschalten, wenn die Kontrahenten des umstrittenen Vertrages der Schuldner des klagenden Gläubigers und ein zu letzterem vordem in keiner obligatorischen Beziehung stehender dritter sind. Hier wäre es höchstens noch Aufgabe des Richters zu untersuchen, ob eine Bürgschaft oder etwa eine kumulative Erfüllungsübernahme (§§ 328, 329 BGB.) vorliegt. Um auch nach dieser Seite hin eine wenn auch schwache Grenzlinie zu ziehen, möchte ich die begriffliche Möglichkeit eines gemäß § 328 BGB. zwischen dem Schuldner und dem dritten abgeschlossenen Bürgschaftsvertrages um deswillen stark anzweifeln,[16]) weil

1. der § 765 BGB. ausdrücklich sagt: „Durch den Bürgschaftsvertrag verpflichtet sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger eines dritten", und die Redaktionskommission — wohl nicht ohne Absicht — das Komma erst hinter „dritten" und nicht vor „gegenüber" gesetzt hat; ferner weil

2. der § 328 BGB. nur einen auf Leistung gehenden Vertrag, also einen Schuldvertrag ins Auge faßt, während der Bürgschaftsvertrag ein Haftungsvertrag ist, kraft dessen keine Leistung an den Gläubiger bedungen wird, sondern nur

[16]) A. M. Wolf, S. 56—57; Heil, S. 120 ff.

die jeweiligen Gegenstände des Bürgen in den rechtserheblichen Zustand des Einstehensollens versetzt werden.

IV. Am deutlichsten zeigt sich der Unterschied zwischen Bürgschaft und Schuldbeitritt darin, welche rechtliche Stellung der Bürge und Beigetretene gegenüber dem Gläubiger einnimmt.

a) Mit Abschluß des Schuldbeitrittsvertrages rückt der Beitretende in die Schuld so ein, wie sie ist.

1. Daher gehen auch auf ihn alle der Urschuld im Momente des Beitritts anhaftenden Einwendungen über.[17]) Ist z. B. die Urschuld auf längere Zeit hinaus gestundet, so hat an dieser Kreditierung der Beigetretene ohne weiteres Anteil, es sei denn, daß der Gläubiger mit ihm den Ausschluß der Stundungseinrede ausdrücklich vereinbart hat.

Ob auch die sogenannten höchstpersönlichen Einreden des Urschuldners auf den Beitretenden übergehen, könnte man vielleicht bezweifeln. Versteht man aber unter ihnen solche Einreden, die ihre Existenz nicht dem Wesen, der jeweiligen Gestaltung der Urschuld, sondern kraft besonderer Parteivereinbarung einzig und allein den höchstpersönlichen Verhältnissen des Urschuldners entnehmen, so kann man sie dem Beigetretenen nicht zubilligen.[18]) Gleichermaßen diejenigen Einwendungen zu behandeln, die vom Gesetz höchstpersönlich gestaltet sind, könnte man sich scheuen. Jedoch wird es im Grunde genommen auf ein und dasselbe hinauskommen, ob man die Ansicht vertritt, diese von Gesetzes wegen höchstpersönlichen Einreden gehen auf den Beigetretenen nicht über, oder ob man behauptet, sie gehen auf ihn über, weil sie mit der Urschuld in gewissem Sinne zusammenhängen, insofern als sie deren Eigenart ihr Dasein verdanken und nur ihre Wirkung nach den persönlichen Verhältnissen des Beigetretenen einrichten (z. B. § 519 BGB.) Jedenfalls kann der Beigetretene solche Einreden nur dann geltend machen,

[17]) Ebenso Wolf, S. 68; Salinger, a. a. O., S. 89; Heil, S. 113. Westerkamp, S. 432 ff.

[18]) Ebenso Heil, S. 113; Wolf, S. 68; Westerkamp, S. 435.

wenn der für sie vom Gesetz geforderte Tatbestand auch in seiner Person erfüllt ist.

Unbedingt zu versagen sind aber m. E. dem Beigetretenen die in der Person des Urschuldners entstandenen rechtsverfolgenden Einreden zur Wahrung positiver Gegenrechte, z. B. die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, des Zurückbehaltungsrechtes.[19]) Denn deren rechtliche Struktur basiert auf der Voraussetzung, daß der Schuldner leisten und gleichzeitig auch von seinem Gläubiger etwas bekommen soll. Dieser Zusammenhang kommt auch im Gesetz insofern mittelbar zum Ausdruck, als die Geltendmachung einer rechtsverfolgenden Einrede den Anspruch des Gläubigers nicht als zurzeit unbegründet erscheinen läßt, sondern nur auf Erfüllung Zug um Zug beschränkt. Die rechtsverfolgende Einrede ist mehr als eine gewöhnliche Einrede, mehr als ein bloßes Verteidigungsmittel des Schuldners. Denn sie enthält einen zur Verteidigung erhobenen Gegenanspruch, nimmt weniger die Schuld als gerade die Gegenforderung des Schuldners zum Ausgangspunkt. Da aber auf den Beigetretenen nur die Verpflichtung, nicht auch die Berechtigung des Urschuldners miterstreckt wird, so folgt schon hieraus, daß die rechtsverfolgenden Einreden des Urschuldners nicht auf den Beigetretenen übergeleitet werden. Es wäre ein vollkommen unzulässiger Eingriff in eine fremde Rechtssphäre[20]), wollte der Beigetretene auch die rechtsverfolgenden Einreden des Urschuldners geltend machen.

2. Da mit Vollzug des Schuldbeitritts ein Gesamtschuldverhältnis ins Leben gerufen wird, so müssen auch hinfort dessen Regeln für das Verhältnis des Beigetretenen zum Gläubiger maßgebend sein. Infolgedessen kommen die im Verhältnis von Urschuldner und Gläubiger neu entstehenden einredebegründenden Tatsachen dem Beigetretenen nur nach Maßgabe von §§ 421 ff., also nur in beschränktem Maße zugute. Der Beigetretene kann dem ihn in Anspruch nehmenden Gläubiger entgegenhalten, daß

[19]) Ebenso Westerkamp, S. 436 ff.; unrichtig und unklar Salinger, a. a. O., S. 89, 90.

[20]) A. M. anscheinend Scheider in Seuff. Bl. f. R.-A., 1909, S. 7.

α) die Schuld durch den Urschuldner getilgt sei, und zwar (§ 422 Abs. 1 BGB.)
   αα) realiter oder durch
   ββ) Leistung an Erfüllungsstatt, Hinterlegung, Aufrechnung;
β) die Schuld infolge eines von dem Gläubiger mit dem Urschuldner vereinbarten, das ganze Schuldverhältnis nach der Parteiintention aufhebenden Erlasses erloschen sei (§ 423 BGB.);
γ) der Gläubiger sich dem Urschuldner gegenüber im Verzug befinde (§ 424 BGB.).

Dagegen wirken alle anderen nach vollzogenem Beitritt in der Person des Urschuldners eintretenden, die Schuld in irgendeiner Weise tangierenden Tatsachen in der Regel, d. h. soweit sich eben aus dem Schuldverhältnis nicht ein anderes ergibt, nicht für oder gegen den Beigetretenen (§ 425 BGB.). So erleidet der Umfang der Beitrittsschuld dadurch keinerlei Veränderung, daß die Schuld des Urschuldners durch dessen Leistungsverzug oder dessen schuldhaftes Verhalten nach irgendeiner Richtung hin erweitert worden ist. Auch ist der Beigetretene nicht schon dann, wenn die Urschuld verjährt ist, berechtigt, die Leistung zu verweigern, sondern erst dann, wenn die für die Beitrittsschuld vom Momente des Beitritts ab laufende Verjährung vollendet ist.[21]) Ebensowenig vermag auch die Unterbrechung oder Hemmung der Urschuldverjährung die Verjährung der Beitrittsschuld irgendwie zu beeinflussen. Ferner erlischt die Beitrittsschuld nicht etwa dadurch, daß sich in der Person des Urschuldners mit dessen Leistensollen das aus dem Urschuldverhältnis resultierende Bekommensollen vereinigt. Selbst wenn der Gläubiger mit seiner Klage gegen den Urschuldner rechtskräftig abgewiesen ist, so bleibt es ihm gleichwohl unbenommen, noch die Realisierung der Beitrittsschuld zu versuchen, ohne daß dem Beitrittsschuldner hiergegen die exceptio rei indicatae zu Gebote steht (§ 425 Abs. 2 BGB.).

[21]) Darauf legt Martinius (Gruchot, Bd. 49, S. 181 ff.) besonderes Gewicht.

b) Wesentlich anders gestaltet sich die Rechtslage des Bürgen, und zwar gibt in letzter Linie die Tatsache den Ausschlag, daß die Bürgschaft kein Schuld-, sondern ein Haftungsverhältnis ist. Deshalb ist für die Haftung des Bürgen immer „der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit maßgebend" (§ 767 Abs. 1 Satz 1 BGB), deshalb müssen die durch Verzug oder schuldhaftes Verhalten des Schuldners entstehenden Rechtsfolgen auch den Umfang der Bürgenhaftung alterieren (§ 767 Abs. 1 Satz 2 BGB.). Andererseits braucht der Bürge aber, weil er die Erfüllung der Schuld nur sichern soll, auch nur insoweit einzustehen, als der Schuldner zur Leistung verpflichtet ist und sie nicht bewirkt.[22]) Infolgedessen kann der Bürge sämtliche dem Schuldner zustehenden Einreden geltend machen, braucht also den Zugriff des Gläubigers auf die haftenden Gegenstände nicht zu dulden, sobald der Schuldner zur Leistungsverweigerung befugt ist. Würde sich nämlich der Bürge darauf nicht berufen können, so würde er haften, obwohl der Haftungszweck, die Erfüllung einer Schuld zu sichern, teil- oder zeitweise zessiert wäre. Eine solche Haftung in duriorem casum darf ihm aber keinesfalls zugemutet werden. Die konsequente Durchführung dieses auch im Gesetz zur Anerkennung gelangten[23]) Grundsatzes bringt es aber mit sich, der daß Bürge dem Gläubiger gegenüber bessergestellt ist als der Beigetretene. Denn er kann sich nicht nur — wie letzterer — sämtliche vor Abschluß des Bürgschaftsvertrages der Schuld bereits anhaftenden Einreden mit Einschluß der höchstpersönlichen, sondern auch alle nachher entstandenen einredeerzeugenden Tatsachen zunutze machen.[24]) Nicht etwa daß z. B. die rechtskräftige Abweisung der Klage des Gläubigers gegen den Schuldner ipso iure das Bestehen der Bürgenhaftung alterierte, vielmehr bleibt es dem Bürgen überlassen, im Wege der Einrede geltend zu machen, daß infolge rechtskräftiger Klageabweisung die Schuld und damit auch seine

[22]) Vergl. oben § 8, Ic.

[23]) Z. B. im § 767 Abs. 1 Satz 3, § 768 Abs. 2 BGB.

[24]) ohne daß ihm der Schuldner diese Befugnis durch einen nachträglichen Einredeverzicht verkümmern könnte (§ 768 Abs. 2 BGB.).

Haftung erloschen sei.[25]) Ferner ist der Bürge im Gegensatz zum Beigetretenen berechtigt, die freiwillige Realisierung seiner Haftung zu verweigern und ihrer zwangsweisen Realisierung mit Erfolg zu widersprechen, wenn die verbürgte Schuld verjährt ist, es müßte denn die Verjährung dem Schuldner gegenüber unterbrochen oder gehemmt worden sein.[26]) Aber selbst wenn die Verjährung der verbürgten Schuld in irgendeiner Weise hinausgeschoben wäre, so würde doch dieser Umstand die neben ihr herlaufende selbständige Verjährung der Bürgenhaftung nicht im geringsten berühren. Insofern nähert sich die Rechtsposition des Bürgen wieder der des Beigetretenen, als nämlich beide sich auf die Verjährung ihrer Haftung, ihrer Schuld berufen können, mag auch die verbürgte Schuld, die Urschuld noch nicht verjährt sein.[27])

Nur eine Konsequenz des oben erwähnten Prinzips ist schließlich die Bestimmung des § 770 BGB., die dem Bürgen das Recht gibt, die Befriedigung des Gläubigers zu verweigern, solange der Schuldner das seiner Verbindlichkeit zugrunde liegende Rechtsgeschäft anfechten oder der Gläubiger sich durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des Schuldners befriedigen kann. Demgegenüber steht der Beigetretene weit ungünstiger da. Denn aus der Anfechtbarkeit des Ur-

[25]) Ebenso Pagenstecher in Bayr. Rpfl.-Z., 1905, S. 329 ff., und im R., 1906, S. 1313 ff.; Planck, § 767, Bem. 7; Goldmann-Lilienthal, § 210, Anm. 25, S. 818; Enneccerus, § 412, II, 4, S. 1049; Crome, § 296, 2d und Anm. 53, S. 880; Windscheid-Kipp, § 477, S. 1088; Herms, S. 29; Wolf, S. 70, 71; Westerkamp, S. 458 ff.; RGE., Bd. 56, S. 110 = J. W., 1903, S. 141 = Seuff. A., Bd. 59, S. 442; RGE., Bd. 66, S. 332, 334. Vergl. auch Mot., Bd. I. S. 381. Im Ergebnis übereinstimmend auch Oertmann, § 768, Bem. 1; OLG. Dresden im Sächs. A., Bd. 15, S. 101 ff. = R., 1905, S. 224, Nr. 98 (sachlich unzutreffende Analogie mit § 425 BGB.!).

[26]) Irgendwelche auf Unterbrechung oder Hemmung der Schuldverjährung abzielende, aber vom Gläubiger gegen den Bürgen gerichtete, Maßnahmen sind rechtlich vollkommen irrelevant. Vergl. Westerkamp, S. 488.

[27]) Vergl. z. B. v. Staudinger, § 768, Bem. 1b β; Oertmann, § 768, Bem. 1 (teilweise unzutreffende Begründung!); Planck, § 768, Bem. 7; Westerkamp, S. 485 ff.; Wolf, S. 69.

schuldvertrages kann er um deswillen keinerlei unmittelbaren Nutzen ziehen, weil der Urschuldner die jeweils anfechtbare Willenserklärung abgegeben hat, darum auch allein anfechtungsberechtigt ist und es an einer dem § 770 Abs. 1 BGB. analogen Vorschrift im Recht der Gesamtschuldverhältnisse fehlt. Erst die vom Urschuldner erfolgreich durchgeführte Anfechtung befreit wegen ihrer rückwirkenden Kraft auch den Beigetretenen von seiner Schuld (§ 142 BGB.). Ganz analog ist der Fall gelagert, daß der Urschuldner eine aufrechnungsfähige Forderung gegen den Gläubiger hat. Eine solche Aufrechnungsbefugnis des Urschuldners vermag kein Leistungsverweigerungsrecht für den Beigetretenen zu erzeugen, geschweige denn, daß dieser mit der ihm fremden Forderung dem Gläubiger gegenüber aufrechnen dürfte, um sich dadurch seiner Beitrittsschuld zu entledigen (§ 422 Abs. 2 BGB.). Vielmehr wird diese letztere Absicht ohne sein Zutun dadurch verwirklicht, daß der Urschuldner von der Aufrechnungsmöglichkeit Gebrauch macht (§ 422 Abs. 1 BGB.).

Daß dem Bürgen auch die rechtsverfolgenden Einreden, insbesondere die Einrede des nichterfüllten Vertrages (§ 320 Abs. 1 Satz 1 BGB.) zustehen, ergibt sich aus der Bestimmung des § 768 Abs. 1 Satz 1 BGB.[28]) Darin könnte man vielleicht eine materiell nicht gerechtfertigte Begünstigung des Bürgen vor dem Beigetretenen erblicken, indem man sich etwa folgendes vergegenwärtigte: die rechtsverfolgenden Einreden beruhen ihrer Existenz nach darauf, daß der Schuldner zwar leisten, aber nebenher auch etwas von seinem Gläubiger bekommen soll; deshalb darf man sie ebensowenig wie oben dem Beigetretenen hier dem Bürgen gewähren; denn auch der Bürge ist nicht der zur Gegenleistung Berechtigte, sondern haftet nur, während der Beigetretene doch wenigstens schuldet und haftet. Indes greifen hier andere Erwägungen Platz. Der Bürge soll dem Gläubiger für die vom Schuldner zu vertretende Nichterfüllung der Schuld Ersatz verschaffen. Der

[28]) Ebenso Westerkamp, S. 444 ff., wenn auch mit m. E. nicht überzeugender Begründung.

Schuldner hat nun aber seine Nichtleistung dann nicht zu vertreten, wenn er ein Recht hat, die Leistung zu verweigern, m. a. W. wenn ihm eine Einrede zur Seite steht.[29]) Sobald das der Fall ist, fehlt eine Voraussetzung für die Realisierbarkeit der Bürgenhaftung, und nur dieses Fehlen einer Voraussetzung macht eigentlich der Bürge geltend, wenn er z. B. behauptet, der Schuldner brauche seine Schuld noch gar nicht zu erfüllen, da der Gläubiger mit der ihm seinerseits obliegenden Leistung im Rückstande sei, also sei auch der Gläubiger noch gar nicht berechtigt, sich an ihn, den Bürgen, zu wenden. Ein solches Vorbringen des beklagten Bürgen charakterisiert sich rechtlich als die Geltendmachung der Einrede des nicht erfüllten Vertrages aus der Person des Urschuldners, mithin einer typischen Einrede ex iure tertii. Wenn aber die auch dem Bürgen zustehenden rechtsverfolgenden Einreden immer Einreden ex iure tertii sind und bleiben, so vermag diese Folgerung, weil sie eben aus der rechtlichen Natur der Bürgschaft als eines Haftungsverhältnisses gezogen worden ist, gleichzeitig auch den oben auf den ersten Blick vielleicht unbegründet erscheinenden Gegensatz in der rechtlichen Behandlung des Bürgen und Beigetretenen zu erklären.[30])

§ 18.

Generelle Unterscheidung zwischen Bürgschaft und Schuldbeitritt.

I. Die Haftung des Bürgen verrät auf Schritt und Tritt, wie die Ausführungen des § 17, glaube ich, zur Genüge bewiesen haben, jeglichen Mangel an selbständiger Entwick-

[29]) ohne daß er sie besonders zu erheben brauchte. Vergl. Siber, Rechtszwang, S. 142.

[30]) Andernfalls würde man trotzdem nicht umhin können, dem Bürgen auch die rechtsverfolgenden Einreden des Schuldners zuzugestehen, weil ihm nämlich diese entgegengesetzt werden können, wenn er die auf ihn kraft Gesetzes übergegangene Forderung gegen den Schuldner durchzusetzen versucht (§ 774 Abs. 1 Satz 1 BGB.). Man darf doch dem Bürgen kein dem Schuldverhältnis entspringendes Verteidigungsmittel vorenthalten, das gegen ihn als Regreßkläger vom Schuldner angewendet werden kann.

lungsfähigkeit und befindet sich in dauernder grundsätzlicher Abhängigkeit von der verbürgten Schuld. Denn sie macht ja deren Schwankungen, Beschränkungen wie Erweiterungen, ohne Unterschied innerhalb der vom Gesetz gezogenen Grenzen mit.

Dagegen geht die Beitrittsschuld in ihrer Gestaltung fast ausnahmslos eigene Wege. Zwar hat ihre Entstehung das Bestehen der Urschuld zur Voraussetzung, zwar entnimmt sie jener ihren ersten Schuldinhalt, aber diesen Schuldinhalt entwickelt sie hinfort, vom Momente des Beitritts ab, vollkommen selbständig, so daß überhaupt keine Abhängigkeit der einen Verpflichtung von der anderen zu bestehen scheint, so daß jede sogar den Untergang der anderen zu überdauern vermag. Aber da sowohl die Ur- als auch die Beitrittsschuld nur ein und demselben Gläubiger zur Befriedigung ein und desselben Interesses dienen, muß doch insofern zwischen ihnen ein gewisser Zusammenhang bestehen, als der Untergang der einen Schuld, der in der Befriedigung des Gläubigers seinen Grund hat, auch den Untergang der anderen Schuld nach sich ziehen muß (§ 422 Abs. 1 BGB.). Einen darüber hinaus gehenden Einfluß vermag indes dieser notwendige Zusammenhang auf den Entwicklungsgang der selbständig nebeneinander herlaufenden Verbindlichkeiten nicht auszuüben.

Welche Ursache hat denn aber diese Grundverschiedenheit in der Gestaltungsfähigkeit zwischen der Bürgenhaftung und der Beitrittsschuld? Weshalb befreit der Erlaß der Urschuld nur den Bürgen von seiner Haftung und nicht auch den Beigetretenen von seiner Schuld?[1]) Weshalb erstrecken sich die vom Gesetz an den Verzug des Schuldners, des Erstschuldners geknüpften Rechtsfolgen nicht auch auf den Beigetretenen, sondern nur auf den Bürgen?

Weil sich der Bürge mit einer fremden, der Beigetretene mit einer eigenen Verbindlichkeit belastet hat oder — präziser ausgedrückt — weil der Bürge für die Erfüllung einer ihm fremden Schuld haftet, der Beigetretene dagegen Träger einer eigenen Schuld ist!

[1]) Was daher ausdrücklich vereinbart werden muß (§ 423 BGB.).

Diese Gegenüberstellung läuft nicht etwa auf eine bloße Umschreibung der Tatsache hinaus, daß der Bürge nur haftet, während der Beigetretene schuldet und haftet. Zwar dürfte jedem ohne weiteres einleuchten, daß der Bürge, wenn er wirklich nur haftet und nicht zugleich auch schuldet, nur für eine fremde Schuld haften kann. Aber verfehlt wäre die per argumentum e contrario gezogene Folgerung, daß der Beigetretene, weil er im Gegensatz zum Bürgen nicht nur hafte, sondern auch schulde, darum für die Erfüllung einer eigenen Schuld hafte. Denn hier könnte man mit Recht einwerfen, der Beigetretene schulde zwar, aber er habe eine fremde Schuld auf sich genommen, und diese Schuld bleibe auch für ihn eine fremde.

Hier eine einigermaßen befriedigende Klärung der Sachlage herbeizuführen, ist Aufgabe der folgenden Untersuchungen. Sie werden sich also zunächst mit der Frage beschäftigen: nach welchen rechtlichen Gesichtspunkten läßt sich feststellen, ob eine bestimmte Schuld für jemanden den Charakter einer eigenen oder fremden Schuld trägt?[2])

Diese Frage läßt sich aber m. E. gar nicht anders lösen als auf dem Wege, daß man sich den Rechtsgrund der Beitrittsverpflichtung und der Haftung des Bürgen klar macht.

II. Sowohl die Übernahme einer Bürgschaft als auch der Beitritt zu einer bestehenden Schuld fällt unter den Begriff der Zuwendung. Denn sie bedeuten beide eine auf dem

[2]) Daß dies die Hauptfrage ist, an der man sich nicht vorbeidrücken darf, wenn man überhaupt ein einigermaßen glattes und brauchbares Resultat für die Abgrenzung der Bürgschaft vom Schuldbeitritt liefern will, scheinen die meisten, die sich mit diesem Problem abgemüht haben, nur zu fühlen, indem sie nämlich die allerdings zutreffende Antithese aufstellen: der Bürge haftet für eine fremde, der Beigetretene für eine eigene Schuld. Aber diese Antithese nun auch zu begründen, ohne dabei den Boden des technisch geformten Rechtes zu verlassen, das versucht auch nicht ein einziger. Vergl. Goldmann-Lilienthal, § 122, Anm. 4, S. 453; Schollmeyer, Vorbem. 3 zu §§ 414 ff.; Hellwig, Verträge auf Leistung an dritte, S. 177; Westerkamp z. B., S. 445; Wolf, S. 26, 64; Heil, S. 112; Witte, a. a. O., S. 69 ff.; Salinger, a. a. O., S. 82; RGE., Bd. 64, S. 318 = J. W., 1907, S. 47 = D. J.-Z., 1907, S. 187 = R., 1907, S. 697.

Willen des Passivbeteiligten (Bürgen, Beigetretenen) beruhende, zugunsten des Aktivbeteiligten (Gläubigers) erfolgende Veränderung der absoluten Rechtslage, welche dem Vermögen des letzteren eine zu Lasten des ersteren gehende Vermehrung zuführt.[3]) Da nun einerseits die Zuwendung einen Verlust darstellt und zugleich auf dem Willen des Verlierenden beruht, andererseits aber niemand zu einer Handlung durch die Vorstellung von etwas Unerfreulichem (einem Verlust) angetrieben wird, kann die Zuwendung als solche nicht Selbstzweck sein.[4]) Vielmehr wird sie erst verständlich, wenn man weiß, daß der Zuwendende von der Vorstellung, die Zuwendung zeitige außer der in ihr liegenden Entäußerung ein ihm genehmes Resultat, geleitet worden ist und diese Vorstellung jenes Gegenmotiv überwunden hat. Daher ist die Zuwendung nur ein Glied in der Kette von Mitteln und Zwecken, welche in der Vorstellung des Handelnden die Wertbewegung mit dem Endzweck verbindet, so daß immer das nachfolgende Glied Motiv, das vorhergehende Mittel eines bestimmten Zweckes ist. Indes berücksichtigt das technisch geformte Recht nicht jeden vorgestellten Zweck einer Zuwendung, sondern nur denjenigen, der eine als direkte Folge der vorgenommenen Zuwendung gedachte Veränderung in den relativen Beziehungen des Zuwendungsempfängers regelmäßig zum Zuwendenden selbst zum Gegenstande hat.[5]) Jedoch genügt die Tatsache allein, daß ein solcher rechtlich relevanter Zweck dem Zuwendenden vorschwebt, noch nicht, um die Zuwendung verständlich zu machen. Denn wie wenig wäre dem Verlustträger damit gedient, wenn die definitive Rechtsbeständigkeit der Zuwendung bloß von gewissen Zweckvorstellungen abhinge? und nicht vielmehr von deren Verwirklichung! Infolgedessen macht auch die Rechtsordnung die Wirksamkeit

[3]) Über den Begriff der Zuwendung vergl. Brütt, S. 3—4, auch v. Blume, Novation, S. 42.

[4]) Ebenso z. B. Planck, § 812, Bem. I, 3a; Enneccerus, § 420, I,, S. 1068; Goldmann-Lilienthal, § 424, IV, S. 866; v. Blume, a. a. O., S. 42; Jung, S. 72. Vergl. auch Prot., Bd. II, S. 501.

[5]) So Jung, S. 58, 109 u. a.

der Zuwendung in je nachdem höherem oder geringerem Maße von der Realisierung des jeweils rechtlich relevanten Zweckes abhängig, welche[6]) dann, weil die in der Psyche des Zuwendenden sich bildende Vorstellung von ihr die Zuwendung motiviert, den Rechtsgrund (causa) der Zuwendung abgibt. Unter ihm hat man also

> die Verwirklichung der mit der Zuwendung bezweckten Einwirkung auf die relativen Beziehungen des Zuwendungsempfängers zu bestimmten Personen, regelmäßig zum Zuwendenden selbst.

zu verstehen, und zwar kann diese Einwirkung als Herstellung, Lösung oder Veränderung eines obligatorischen Bandes gedacht sein.[7])

III. Den so analysierten Begriff des Rechtsgrundes zum Nachweise dessen, daß der Bürge für eine fremde Schuld haftet, auf das Verhältnis des Gläubigers zum Bürgen und Schuldner anzuwenden, dürfte sich schon aus rein logischen Gründen für denjenigen erübrigen, der in der Bürgschaft nur ein Haftungsverhältnis sieht. Denn eine Schuld muß doch immer dann für mich eine zum mindesten formell fremde sein, wenn ein anderer als ich ihr Träger ist.[8])

Um hingegen auch denjenigen, der sich zu der heute noch herrschenden Lehre[9]), daß der Bürge auch selbst Schuldner, Gesamt- oder Nebenschuldner ist, bekennt, von der Richtigkeit des oben gestellten Beweisthemas zu überzeugen, empfiehlt es sich, den Begriff des Rechtsgrundes in den Kreis der Betrachtungen zu ziehen.

Nimmt man nämlich an, der Bürge sei wirklich Gesamt-

[6]) von beiden Parteien ausdrücklich oder stillschweigend gebilligt. Jedenfalls muß eine mangelfreie Vereinbarung der Parteien über die Zwecksetzung vorliegen. Ders. A. Enneccerus, § 420, II, S. 1068; Goldmann-Lilienthal, § 224, IV, S. 866; Brütt, S. 30, 32; Planck, § 812, Bem. 3a. Vergl. auch RGE., Bd. 49, S. 49.

[7]) So Jung, S. 68, 72, 100.

[8]) Denn nicht die materielle causa, sondern der äußere Tatbestand, der Begründungsakt, also die formelle causa individualisiert die Schuld (so v. Blume, Novation, S. 42, 44).

[9]) Vergl. oben insbesondere § 6, Anm., § 7, Anm. 1.

oder Nebenschuldner, so könnte man folgende Erwägungen anstellen: Der Bürge soll — jedenfalls im Endeffekt — fast regelmäßig dasselbe leisten wie der „Hauptschuldner"; gleichen sich aber die Haupt- und die Bürgschaftsschuld inhaltlich, so auch bezüglich der rechtlichen Unterlage, auf der sie basiert sind, so kehrt m. a. W. der Rechtsgrund der einen Schuld bei der anderen in rechtlich gleicher, wenn auch der Person des jeweiligen Schuldsubjektes angepaßter Form wieder; die Hauptschuld ist nun, allein betrachtet, für ihren Träger eine nicht nur formell, d. h. dem Subjekt nach, sondern auch materiell insofern eigene Schuld, als ihre causa in den zwischen ihm und einer bestimmten anderen Person (Gläubiger) angeknüpften relativen Beziehungen liegt; tritt dann neben diese Hauptschuld eine ihr inhaltlich gleichgestaltete (Bürgschafts-) Schuld, so ist letztere zwar eine dem Bürgen formell eigene Schuld, aber materiell könnte sie für ihn

1. eine fremde Schuld sein, weil ihr Rechtsgrund ebenfalls in die relativen Beziehungen des Hauptschuldners zu dem gemeinsamen Gläubiger gelagert ist[10]), und zwar so, daß er
   a) entweder sich mit dem Rechtsgrund der Hauptschuld vollkommen deckt oder
   b) neben ihn zu liegen kommt;
2. eine eigene Schuld sein, weil ihr dem der Hauptschuld infolge der Identität des Schuldinhalts kongruenter Rechtsgrund in den relativen Beziehungen des Bürgen zu dem Gläubiger (oder einem dritten) zu suchen ist.

Daß diese zweite Möglichkeit auf die Bürgen-„Verpflichtung" — um die auch von mir verpönte Terminologie einmal beizubehalten — nicht zutrifft, will ich zu beweisen suchen, indem ich der Klarheit halber zu dem oben gewählten Beispiel zurückkehre: A. ist Verkäufer, B. Käufer und C. Bürge des B.

---

[10]) Vergl. v. Blume, BGB. § 1822, Bem. II, 10 zu Ziff. 10.

Die Schuld des B. hat zum gesetzlichen Inhalt (§ 433 Abs. 2 BGB.):

1. die Zahlung des vereinbarten Kaufpreises,
2. die Abnahme der gekauften Sache.

Als Rechtsgrund dieser Schuld ist anzusehen die Realisierung der mit ihrem Eingehen bezweckten Einwirkung auf die relativen Beziehungen des A. zu B., die in der Anknüpfung eines obligatorischen Bandes, in der Begründung der Gegenverpflichtung des A. besteht.[11]) Erst das Vorhandensein dieser causa verleiht der Schuld des B. ihr spezifisches Gepräge, macht sie zur Kaufschuld.[12]) Denn B. schuldet aus Kauf, weil und solange er aus Kauf berechtigt ist.[13])

Würde nun die Bürgenschuld des C. eine für ihn in obigem Sinne materiell eigene Schuld sein, so müßte C. mit der Bürgschaftsübernahme auf seine relativen Beziehungen zu A. in derselben Weise wie B. auf seine zu A. einzuwirken beabsichtigen, also in der Richtung, daß A. auch ihm, dem Bürgen, aus Kauf verpflichtet wird. Eine derartige Einwirkung kann aber nie mit einer Bürgschaftsübernahme erzielt werden, gleichgültig, ob sie ein Schuld- oder ein Haftungsverhältnis erzeugt. Denn die vom Gesetz für die Bürgschaft aufgestellten Vorschriften lassen sich jedenfalls mit der Möglichkeit schlechterdings nicht vereinen, daß die gegebenenfalls vorhandene Verpflichtung des Gläubigers gegen den Schuldner auch zu der Bürgenschuld, Bürgenhaftung in kausale Wechselbeziehung tritt. Nun verdient aber nur der Zweck rechtliche Beachtung, der eine von der Rechtsordnung als mögliche direkte Folge an die Bürgschaftsübernahme geknüpfte Einwirkung zum Gegenstande hat.[14]) Infolgedessen muß der Rechtszweck der Verbürgung

---

[11]) ohne deren tatsächliche Erfüllung mitzuumfassen. Ders. A. namentlich Endemann, § 198, 3, S. 1239; Brütt, S. 28.

[12]) Vergl. Schöninger, S. 242.

[13]) In welchem eigentümlichen Abhängigkeitsverhältnis die Schuld zu ihrer causa steht, kommt hier m. E. weniger in Betracht. Vergl. darüber Jung, S. 56 ff., 71; v. Blume, Novation, S. 42 ff.

[14]) So Jung, S. 70.

und seine Verwirklichung, also auch der Rechtsgrund der Bürgenverpflichtung, -haftung von dem der verbürgten Schuld verschieden sein.

Demnach ist der Bürge auch dann, wenn man ihm die Eigenschaft eines Schuldners beilegt, Subjekt einer ihm materiell fremden Schuld.[15]) Weder die causa der Schuld noch — und von nun an will ich mich wieder der m. E. einwandfreiesten Terminologie bedienen — die causa der Haftung des Bürgen ist in dessen relativen Beziehungen zum Gläubiger gelagert. Mithin haftet er für eine fremde Schuld.

So viel mit diesem rein negativen Resultat zunächst gewonnen zu sein scheint, so wenig besagt es doch über den eigentlichen Rechtsgrund der Bürgenhaftung.

Der von den an einem Bürgschaftsvertrag Beteiligten verfolgte Rechtszweck erschöpft sich nicht in der mit der Herstellung des Haftungsverhältnisses unmittelbar verbundenen Veränderung der absoluten Rechtslage, ist vielmehr darauf gerichtet, die Erfüllung einer generell bestimmten Schuld zu sichern, d. h. die Lösung der zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner bestehenden obligatorischen Beziehung einzuleiten.[16]) In dieser als zweiter Rechtsfolge bezweckten Einwirkung auf die relativen Beziehungen des Gläubigers zu dem Schuldner, nicht in dem Akt der Haftungsübernahme selbst, liegt gerade das, was die Bürgschaft eben zur Bürgschaft macht.[17]) Demnach kann man als den Rechtsgrund der Bürgenhaftung

[15]) Vergl. namentlich Unger in Iher. Jahrb., Bd. 29, S. 12.

[16]) Insofern läßt sich auch die Bestellung einer Bürgschaft dem hier akzeptierten Jungschen Prinzip, wonach mit jeder Zuwendung eine Einwirkung auf relative Beziehungen beabsichtigt wird, subsumieren und der Sicherungszweck als eine Unterart der causa solvendi betrachten. Denn es ist m. E. keineswegs erforderlich, daß die Parteiintention immer auf sofortige, restlose Realisierung des Geschäftszweckes (solvendi) gerichtet ist. Vielmehr können sich die Beteiligten auch damit begnügen, auf ein obligatorisches Band in der Weise einzuwirken, daß dessen Lösung nur vorbereitet werden soll.

[17]) Vergl. Jung, S. 68.

die Verwirklichung des mit ihrer Begründung verfolgten Sicherungszweckes

bezeichnen.[18]) Mißglückt diese, so entbehrt die Haftung des Bürgen des ihr notwendigen Rechtsgrundes, sei es, daß er von vornherein fehlt, weil z. B. die zu sichernde Forderung nicht existiert, sei es, daß er nachträglich wegfällt[19]), weil z. B. dem Schuldner seine Verbindlichkeit nachträglich erlassen wird. Folglich müßte in einem solchen Falle die Haftung selbst gegenstandslos[20]) werden, was tatsächlich zutrifft, da man zu demselben Ergebnis lediglich auf dem Wege einfacher Gesetzesinterpretation (§ 765 Abs. 1 BGB.) gelangt. Dieser Umstand dient aber gleichzeitig dazu, die eben vertretene Auffassung von der causa der Bürgenhaftung als richtig zu bestätigen.

Da jede Bürgenhaftung ihren spezifischen[21]) Rechtsgrund in der Erreichung des ihr mit Beziehung auf eine bestimmte Schuld gesetzten Sicherungszwecks hat, ist die Erklärung einer bestimmten Person, in ein bestehendes obligatorisches Verhältnis neben den Schuldner zu treten, bei nicht ganz präziser Formulierung dann als Bürgschaftserklärung aufzufassen, wenn der Parteiwille nur darauf gerichtet gewesen ist, die Befriedigung der Ansprüche des Gläubigers gegen den Schuldner sicherzustellen.[22]) Und zwar wird man in einem solchen Falle regelmäßig

1. Übernahme einer selbstschuldnerischen Bürgschaft anzunehmen haben. Denn einerseits ist dies die im Geschäftsverkehr mit Ausnahme gewisser Gesellschaftskreise

[18]) Dem Ergebnis nach im wesentlichen übereinstimmend mit Rümelin im Arch. f. d. ziv. Praxis, Bd. 97, S. 226–227, 232; Westerkamp, S. 195–196; Brütt, S. 24; Schöninger, S. 241.

[19]) Vergl. Jung, S. 112 ff.

[20]) ipso iure, da der Bürgschaftsvertrag den Rechtsgrund der Bürgenhaftung als positives Tatbestandsmoment enthält!

[21]) im Gegensatz zu einer etwaigen im Verhältnis des Bürgen zum Schuldner liegenden causa (z. B Erfüllung einer auf Bürgschaftsübernahme gerichteten Auftragsschuld), von welcher der Bürgschaftsvertrag aber ebenso wie der Schuldbeitrittsvertrag losgelöst ist.

[22]) Ebenso Heil, S. 114 ff.; Wolf, S. 25, 29; Cosack, § 158, Ia, S. 582; ähnlich Enneccerus, § 417, Anm. 4, S. 1061—1062.

allenthalben übliche Art der Verbürgung, andererseits wird ein Gläubiger, wenn er doch nun einmal größere Sicherheit haben will, sich mit einer gewöhnlichen Bürgschaft um deswillen nicht begnügen, weil er den Umweg, vor Inanspruchnahme des Bürgen eine Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner versuchen zu müssen (§§ 771, 772 BGB.), nach Möglichkeit zu vermeiden sucht. Mit Hilfe eines Bürgen will doch gerade der Gläubiger bequem und sicher zu seiner Befriedigung gelangen.[23]) Infolgedessen wird

2. die Eingehung einer gewöhnlichen Bürgschaft (§ 771 BGB.) nur dann den Parteiintentionen entsprechen, wenn eine möglichst schonende Haftung für den dritten gewählt werden sollte, das Sicherungsbedürfnis des Gläubigers also offensichtlich schwächer gewesen ist.

IV. Wann hat man sich nun aber nicht für das Vorliegen einer Bürgschafts-, sondern für das einer Schuldbeitrittserklärung zu entscheiden?

Zunächst hat man zu prüfen, ob überhaupt im konkreten Falle die absolute Rechtslage schlechthin von den Parteien sowohl in einer der Bürgschaft als auch in einer dem Schuldbeitritt entsprechenden Weise verändert werden konnte. Hier bewährt sich nun als praktisch brauchbar und wichtig die bereits zur Genüge begründete[24]) Unterscheidung, daß zwar die Bürgschaftsübernahme ebenso wie der Schuldbeitritt eine derivative Vermögensbelastung darstellt, daß aber die so ganz allgemein charakterisierte Veränderung der absoluten Rechtslage das eine Mal bloß in der Herstellung eines Haftungsverhältnisses (Bürgschaft), das andere Mal in der Herstellung eines Schuld- und Haftungsverhältnisses besteht (Schuldbeitritt). Handelt es sich daher um eine Schuld auf eine höchstpersönliche Leistung, soll z. B. der berühmte Maler A. den B. porträtieren, und soll nun ein dritter (C.) in das diese Schuld enthaltende obligatorische Verhältnis neben den Schuldner A. treten, so kann das nur dadurch geschehen, daß er Bürge wird. Denn haften kann man auch für höchst-

[23]) Vergl. Unger, a. a. O., S. 2.

[24]) Namentlich im § 7, III, § 8, § 17.

persönliche Leistungen anderer.[25]) Dagegen ist die Möglichkeit eines Schuldbeitritts in einem derartigen Falle um deswillen ausgeschlossen, weil die höchstpersönliche Leistung eines bestimmten Schuldners selbst zu erbringen für jeden dritten unmöglich und ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag nichtig ist (§ 306 BGB.). Für die juristische Konstruktion der von dem Gläubiger und dem dritten vorgenommenen Veränderung der absoluten Rechtslage könnte Schuldbeitritt überhaupt nur dann in Betracht kommen, wenn feststeht, daß der Gläubiger von der zu seinen Gunsten bestimmten Unvertretbarkeit der dem Urschuldner obliegenden Leistung abgesehen hat.[26]) Indes wird das wohl überaus selten der Fall sein.

Mithin können sich nur da, wo es sich um eine Schuld auf eine vertretbare Leistung, beispielsweise um eine Geldschuld, handelt, wirkliche Zweifel erheben, ob die Parteien Bürgschaft oder Schuldbeitritt vereinbart haben. Diese Zweifel sind zum Teil schon behoben, da ich oben festgestellt habe, wann Bürgschaft anzunehmen ist. Dieses bereits gefundene Resultat ist in sich abgeschlossen, sobald ich die Frage, wann Schuldbeitritt vorliegt, gelöst habe. Und dieser Frage glaube ich nun auch hier nur dadurch beikommen zu können, daß ich auf die causa der Beitrittsschuld zurückgehe.

Die Darlegungen der §§ 15, 16 haben meines Erachtens jedenfalls den Beweis dafür erbracht, daß die Beitrittsverpflichtung sich nicht auf den Beitrittsvertrag, sondern auf das Urschuldverhältnis gründet. Das besagt aber nichts anderes als: durch den Beitrittsvertrag wird eine Schuld erzeugt, die nicht nur ihren Inhalt, sondern auch ihren Rechtsgrund einer vor ihr ins Leben getretenen Verpflichtung (Urschuld) entnimmt,[27]) die also keine selbständige materielle causa

[25]) Siehe oben § 6!

[26]) was ihm allerdings unbenommen bleibt. So Siber, Rechtszwang, S. 163; Kohler im Arch. f. d. ziv. Praxis, Bd. 80, S. 250 ff.; vergl. auch Schollmeyer, Vorbem. 2 zu §§ 414 ff.

[27]) Ebenso v. Blume, Novation, S. 44; David im R., 1903, S. 356; Enneccerus, § 308, Anm. 10, S. 784.

hat: selbständig um deswillen nicht, weil sich ihre causa mit derjenigen der Urschuld vollkommen deckt. Demnach bildet den Rechtsgrund der Beitrittsschuld

> die mit der Urschuldbegründung bezweckte Einwirkung auf die relativen Beziehungen des Gläubigers zum Urschuldner.

Der einer Kaufschuld Beigetretene ist also deshalb Schuldner aus Kauf, weil der Beitrittsgläubiger dem Urschuldner aus Kauf verpflichtet worden ist.[28])

Zur Erklärung dieser eigentümlichen Erscheinung, die ihren meines Erachtens treffenden Ausdruck in der Antithese findet: Der Beitretende wird Schuldner aus Kauf, ohne gekauft zu haben, diene folgendes Beispiel:

A. hat für seinen großjährigen Sohn B. bei dem Schneidermeister C. einen fertigen Anzug gekauft, den ihm C. nach Vornahme kleiner Änderungen bald darauf zugeschickt hat; da nun C. einige Zeit später den A. vergeblich an die Zahlung des Kaufpreises gemahnt hat, wendet er sich deshalb an B., und dieser verspricht ihm schließlich, selbst dafür zu sorgen, daß er (C.) „nicht um sein Geld komme".

Hat sich danach B. für seinen Vater A. verbürgt? Nein, denn ihm ist es nicht nur darum zu tun, die Erfüllung der Schuld seines Vaters zu sichern, sondern vor allem darum, zu verhüten, daß C. gemäß § 326 BGB. von dem mit A. geschlossenen Vertrage zurücktrete und infolgedessen er (B.) selbst des Anzuges verlustig gehe (§§ 327, 349, 346 Satz 1 BGB.). Er hat also ein eigenes sachliches Interesse[29]) an der Schuld seines Vaters, ein Interesse daran, daß dieser berechtigt bleibe, die empfangene Gegenleistung zu behalten.[30])

[28]) Vergl. Martinius in Gruchot, Bd. 49, S. 211 (das Bestehen der Urschuld sei als zweckergebende Tatsache gesetzliche Bedingung des Schuldbeitritts).

[29]) was als Kriterium des Schuldbeitritts u. a. betont RGE., Bd. 64, S. 320; RG. in J. W., 1908, S. 677.

[30]) Sehr prägnant RG. in Gruchot, 1908, S. 2320 = D. J.-Z., 1908, S. 873: Schuldbeitritt sei dann anzunehmen, wenn der dritte ein eigenes Interesse an der Leistung des Gläubigers an den Urschuldner und an dem Urschuldvertrage habe.

Die Gegenleistung des Verkäufers C. stellt den wirtschaftlichen Erfolg dar, auf den es der Käufer A. absieht, wenn er sich dem C. verpflichtet, der sich aber erst an den ihn vermittelnden, von A. bezweckten rechtlichen Erfolg, nämlich an die von der Rechtsordnung als direkte rechtliche Folge der Verpflichtung des A. gebilligte Begründung der Gegenverpflichtung des C. anschließt. Weil nun diese direkte rechtliche, den Rechtsgrund für die Schuld des A. bildende Folge in ihrer wirtschaftlichen Ausgestaltung tatsächlich dem B. zugute gekommen ist und er sich diesen von seinem Vater auf rechtlichem Wege erstrebten wirtschaftlichen Erfolg sichern will, deshalb gibt er die verpflichtende Erklärung obigen Inhalts dem C. gegenüber ab. Er erkennt damit also einfach an, daß der Rechtsgrund für die Verpflichtung des A. auch auf ihn zutrifft, daß mit anderen Worten die causa für seine eigene entstehende Verpflichtung bereits in dem Urschuldverhältnis zwischen A. und C. gebunden, gleichsam absorbiert ist. Daraus folgt, daß B. der Schuld des A. beigetreten ist.[31])

Streng genommen ist zwar die Verpflichtung des B. für ihn eine materiell fremde, da ihr Rechtsgrund mit dem der Urschuld koinzidiert, nicht in die relativen Beziehungen zwischen dem Gläubiger und ihm, sondern in die zwischen jenem und seinem Vater A. gelagert ist.[32]) Aber dennoch hat sich B. mit einer wenigstens in übertragenem Sinne eigenen Schuld belastet, da er eigentlich den alleinigen Vorteil von der Gegenverpflichtung des C. hat, der Ausgleich also, um dessenwillen diese mit einer anderen Verpflichtung, nämlich mit der Urschuld, von der Rechtsordnung in Wechselbeziehung gesetzt ist, sich tatsächlich zwischen ihm und dem Gläubiger anstatt zwischen letzterem und dem

[31]) Vergl. den besonders typischen Fall in J. W., 1908, S. 676—677, R.-G.-Urt. v. 28. 9. 1908 (Maurermeister = Gläubiger; Grundstückseigentümer = Urschuldner; Hypothekengläubiger = Beitretender).

[32]) Darauf zurückzuführen der Wortlaut des § 1822 Ziff. 10 BGB.: „. . . Übernahme einer fremden Verbindlichkeit, insbesondere Eingehung einer Bürgschaft".

Urschuldner (A.) vollzogen hat. Die auf das Urschuldverhältnis zurückzuführende Veränderung in der Ruhelage der Werte hat sich eben tatsächlich über den Urschuldner A. hinaus auf B. erstreckt, so daß dessen Schuldbeitritt eigentlich nur dazu dient, die Rechtslage mit jener über die rechtlichen Folgen hinausgreifenden tatsächlichen Folge des Urschuldverhältnisses, mit jener tatsächlichen Verschiebung des Schuldverhältnisses wieder in Einklang zu bringen.

Da der Beitretende bereits vor seinem Beitritt von der Urschuld ihrer wirtschaftlichen Wirkung nach mitgetroffen ist,[33]) so wird durch seinen Beitritt den Beteiligten einfach ein Umweg erspart: anstatt daß sich der Gläubiger an den Urschuldner und dieser wieder an den dritten hält, kann sich nun der Gläubiger direkt an letzteren halten. Darin liegt gleichzeitig ein deutlicher Beweis für die Verwandtschaft des Schuldbeitrittsvertrages mit dem Vertrage zu Rechten eines dritten. Denn auch dieser dient eigentlich nur der Abkürzung einer bestimmten Wertbewegung, insofern als der dem dritten gebührende Wert nicht erst auf dem Umwege über den Versprechensempfänger, sondern unmittelbar durch den Versprechenden, den in letzter Linie Belasteten, zugeführt werden soll.

Es ist also in einer rechtlich nicht ganz eindeutigen Erklärung dann eine Schuldbeitrittserklärung zu erblicken, wenn der dritte die Erklärung mit Rücksicht darauf abgegeben hat, daß

> die mit der Urschuldbegründung bezweckte Einwirkung auf die relativen Beziehungen des Gläubigers zum Urschuldner[34]) in ihrem wirtschaftlichen End-

[33]) Ebenso wenn auch etwas unklar RG. in J. W., 1908, S. 32 (der ursprüngliche Schuldner sei zwar rechtlich der Verpflichtete, aber wirtschaftlich sei der in die Schuld Eintretende derjenige, der die schuldige Leistung zu bewirken habe).

Vergl. auch OLG. Frankfurt, Urt. v. 6. IV. 1903 im R., 1903, S. 287: der Schuldbeitritt habe viel häufiger als die Bürgschaft einen gesunden wirtschaftlichen Beweggrund.

[34]) Mag sie nun in der Begründung einer Gegenverpflichtung des Gläubigers (Urschuldvertrag = gegenseitiger Vertrag) oder in der Herstellung

effekt auch ihm zugute gekommen ist, kommt oder kommen wird.[35])

Ob und wann das der Fall ist, das richtet sich nach den zwischen dem Urschuldner und dem Beitretenden bestehenden relativen Beziehungen.[36]) Obgleich diese zunächst insoweit ausgeschaltet sind, als es sich um das wirksame Zustandekommen des Schuldbeitritts handelt,[37]) so liegt doch erst in ihnen die eigentliche Rechtfertigung für die an sich weder rechtlich noch wirtschaftlich verständliche Erscheinung, daß jemand Schuldner aus Kauf wird, ohne gekauft zu haben.[38]) Sie allein machen es erst begreiflich, daß

einer „Sonderverbindung" (Stammler, S. 8) bestehen, welche bestimmte Ansprüche des Urschuldners als mögliche enthält, sie aber nicht notwendig entstehen zu lassen braucht (Urschuldvertrag = zufällig zweiseitig verpflichtender Vertrag).

[35]) Vergl. RG. in J. W., 1908, S. 32: ein besonderer Umstand, aus dem man auf einen Schuldbeitritts willenschließen dürfe, sei dann gegeben, wenn die Verbindlichkeit des Urschuldners auf einem Vertrage beruhe und die Vorteile daraus ganz oder zum Teil dem dritten zugute kommen, obwohl er selbst nicht Vertragspartei sei. Vgl. Salinger, a. a. O., S. 87: Schuldbeitritt da, wo jemand in das Rechtsverhältnis eines anderen eintrete und die aus diesem entspringenden Pflichten tragen solle, nachdem er sich die rechtlichen Vorteile dieses Rechtsbandes angeeignet habe.

[36]) Ders. A. anscheinend Salinger, a. a. O., S. 87—88; Windscheid-Kipp, S. 406.

[37]) Das bedeutet: Die im Verhältnis des dritten zum Gläubiger oder zum Urschuldner liegende causa der Beitrittsverpflichtung ist nicht in den Tatbestand des Beitrittsvertrages mitaufgenommen. Hat nämlich beispielshalber B. den von A. gekauften Gegenstand vor Begleichung des Kaufpreises an C. unter der Abrede weiterverkauft, daß C. die Kaufpreissumme nicht an B. bezahlen, sondern dafür der Kaufschuld des B. durch Vertrag mit A. beitreten solle, und tritt nun C. tatsächlich der Schuld des B. bei, so wird und bleibt C. Schuldner des A., mag er auch dem B. gegenüber gar nicht zum Beitritt verpflichtet gewesen, mag auch die von ihm mit dem Beitritt bezweckte Einwirkung auf seine relativen Beziehungen zu B., dessen gegen ihn sich richtenden Anspruch zu tilgen, fehlgeschlagen sein. Vergl. hierzu insbesondere v. Blume, Novation, S. 100.

[38]) Insofern hat das RG. vollkommen recht mit seiner Behauptung, daß nur auf Grund einer „eigenartigen Sachlage", auf Grund „ganz besonderer Umstände" Schuldbeitritt anzunehmen sei. So RGE., Bd. 59, S. 232 ff., Bd. 64, S. 318 ff.; RG. in Gruchot, Bd. 50, Beilageheft, S. 945. A. M. mit Unrecht Westerkamp, S. 349.

jemand Schuldner aus Kauf zu werden verspricht, obwohl nicht er, sondern weil ein anderer (der Urschuldner) Gläubiger aus Kauf ist; sie erklären also eigentlich erst den Rechtsgrund der Beitrittsverpflichtung und damit die von der Rechtsordnung sanktionierte Möglichkeit, daß sich auf der causa einer bereits bestehenden Schuld eine zweite auf dasselbe Ziel eingestellte Schuld aufbaut.

Die Regel — Schuldbeitritt und nicht Bürgschaft liegt dann vor, wenn die durch das Urschuldverhältnis hervorgerufene Wertverschiebung sich tatsächlich auf den sich neben dem Urschuldner Verpflichtenden miterstreckt — wird durch die Bestimmung des § 426 Abs. 2 Satz 1 BGB. bestätigt[39]), daß

---

[39]) und muß, wenn sie richtig ist, auch auf die Fälle passen, in denen nicht unmittelbar auf Schuldbeitritt gerichtete Rechtsgeschäfte tatsächlich kraft Gesetzes die Wirkung des Schuldbeitritts in Gestalt der Begründung eines Gesamtschuldverhältnisses haben; beispielshalber:

1. Übernimmt jemand durch Vertrag das Vermögen eines anderen, so tritt er damit gleichzeitig ipso iure dessen Schulden bei (§ 419 Abs. 1 BGB.). Warum? Weil die mit der Urschuldbegründung bezweckte Einwirkung auf die relativen Beziehungen des Gläubigers zum Veräußerer in ihren tatsächlichen Folgen dem Übernehmer entweder

a) noch zugute kommen wird (der Veräußerer A. hat ein Buch gekauft; ehe es ihm übereignet wird, veräußert er sein ganzes Vermögen an B.; damit geht auf diesen auch der Anspruch auf Lieferung des Buches über) oder

b) zugute gekommen ist (A. hat vor der Übertragung seines Vermögens auf B. bereits das Buch erhalten, dann gelangt B. mit der Übernahme des Vermögens in den Besitz des Buches selbst.

Folgerichtig beschränkt daher das Gesetz auch die Haftung des Übernehmers auf den Bestand des übernommenen Vermögens und die ihm aus dem Vertrage zustehenden Ansprüche (§ 419 Abs. 2 Satz 1, BGB.). Vergl. auch RG. im R., 1908, Nr. 2191.

2. Derselbe Grundgedanke wie zu 1 auch im § 2382 BGB.

3. Recht charakteristisch ist auch die Vorschrift, daß derjenige, dem vom Mieter der Gebrauch der Mietsache überlassen wird, damit gleichzeitig der Verpflichtung des Mieters, die Mietsache nach Beendigung des Mietverhältnisses zurückzugeben, beitritt (§ 556 Abs. 3 BGB.). Grund: Die Gegenverpflichtung des Vermieters (§ 536 BGB.) kommt in ihrer tatsächlichen Effektuierung mittelbar dem Untermieter zustatten.

Diesen typischen Schuldbeitrittsfällen stelle man nun die Fälle gesetzlicher Bürgenhaftung gegenüber, z. B. § 571 Abs. 2 BGB: Der Vermieter,

auf den Beitretenden, sobald er den Gläubiger befriedigt, dessen Forderung gegen den Urschuldner nicht in vollem Umfange wie auf den Bürgen, sondern nur insoweit übergeht, als er vom Urschuldner Ausgleichung verlangen kann. Indem nämlich das Gesetz den Umfang der auf den Beigetretenen übergehenden Forderung von dem inneren Verhältnis zwischen diesem und dem Urschuldner abhängig macht, geht es davon aus, daß auch der Beitretende an der Urschuld beteiligt, interessiert ist.[40]) Beim Bürgen ist das nie der Fall, weil er eben nur die Erfüllung einer ihm fremden Schuld sichern will und soll. Sonst würde ihm das Gesetz nicht das uneingeschränkte Recht zusprechen, in voller Höhe der Schuld gegen den Schuldner Regreß zu nehmen (§ 774 Abs. 1 BGB.).

Da das für die Abgrenzung der Bürgschaft vom Schuldbeitritt ausschlaggebende Kriterium in dem Rechtsgrund der Haftung des neben den Erstschuldner tretenden dritten liegt[41]),

---

der das vermietete Grundstück nach der Überlassung an den Mieter veräußert, haftet für die Erfüllung der nun dem Erwerber gegenüber dem Mieter obliegenden Verpflichtungen (§ 571 Abs. 1 BGB.) um deswillen nur als Bürge, weil ihm die durch die Verpflichtung des Erwerbers (Gewähren des Mietgebrauches) begründete Einwirkung auf die relativen Beziehungen des Mieters (Verpflichtung zur Mietzinszahlung) nicht zugute kommt. Analog §§ 1056, 1251 BGB.!

[40]) Diesem Fingerzeig des Gesetzes weiter nachzugehen, scheint Schneider (in der Ztschr. f. Rpfl. i. Bay., 1909, S. 6) nicht für nützlich zu halten. Denn er begnügt sich mit der übrigens höchst unklaren, jeglicher Begründung entbehrenden, seiner Meinung nach „kaum zu bestreitenden" Rechtsansicht, daß Schuldbeitritt dann vorliege, wenn der Beitretende zugleich Voll- und Eigenschuldner (?) des Gläubigers werde, daß hingegen der ohne eigenen Verpflichtungsgrund (!) geschehene Beitritt in der Regel nichts anderes als die Eingehung einer selbstschuldnerischen Bürgschaft sei.

[41]) M. E. ist es verfehlt, zum mindesten zwecklos, wenn man, wie das Westerkamp vermutlich (!) im Anschluß an RGE., Bd. 64, S. 318 ff. tut, die Beantwortung der Frage, ob Bürgschaft oder Schuldbeitritt, darauf abstellt, ob der Erklärende für Verzug, Verschulden etc. des Erstschuldners haften will oder nicht. Denn in den allerseltensten Fällen wird der Parteiwille auf derartige entfernter liegende Rechtsfolgen gerichtet sein, was Westerkamp merkwürdigerweise selbst zugibt (S. 257).

Vergl. dazu v. Thur in D. J.-Z., 1908, S. 1177.

so entscheidet — vom Standpunkt der Parteien aus — bei der Ausdeutung eines Rechtsaktes der mit ihm verfolgte Zweck, aber nicht jeder im Vorstellungsbereich der Parteien feststellbare Zweck, sondern nur der rechtliche, obligatorische Zweck, d. h. derjenige Zweck, der in einer Einwirkung auf die relativen Rechtsbeziehungen des Zuwendungsempfängers besteht.[42]) Andererseits bietet das Operieren mit dem Rechtsgrunde noch den Vorteil, daß bei der Auslegung einer Erklärung das Schwergewicht auf die Schuldner- und nicht auf die Gläubigerseite gelegt wird. Denn nur auf diesem Wege ist m. E. das für den Schuldbeitritt im Gegensatz zur Bürgschaft symptomatische Moment zu suchen und zu finden. Zieht man nämlich die Gläubigerseite mit in Betracht, so wird man der Lösung des Problems um deswillen nicht näherkommen, weil sowohl der Bürgschafts- als auch der Beitrittsgläubiger dadurch, daß er sich die Haftung eines dritten neben dem ur-

[42]) Erst diese Beschränkung auf den rechtlichen Zweck ermöglicht es, eine feste Grenzlinie zwischen Bürgschaft und Schuldbeitritt zu ziehen. Diese Möglichkeit geht nämlich verloren, sobald man bei der Behauptung stehenbleibt, daß immer dann Schuldbeitritt anzunehmen sei, wenn die Parteien mit der von ihnen vorgenommenen Rechtsveränderung nicht lediglich Sicherung des Gläubigers bezwecken, sondern irgendeinen anderen Zweck schlechthin verfolgen. Es ist daher recht bezeichnend für die Unbrauchbarkeit einer derartig allgemeinen und vagen Unterscheidung, daß z. B. Wolf, der sie vertritt (S. 28–29, 32), sich genötigt sieht, in den zweifelhaften Fällen das nicht ganz einwandfreie Rezept „im Zweifel die geringere Belastung" anzuwenden (S. 49, 51).

Würde z. B. eine Ehefrau versprechen, das Konto ihres verstorbenen Ehemannes nach und nach zu begleichen (RGE., Bd. 59, S. 232 ff.), und zwar weil sie sich „aus Familienstolz und -ehre nicht der Schande aussetzen wollte, ihren Mann als insolvent hingestellt zu sehen", so würde darin m. E. lediglich ein rechtlich vollkommen irrelevantes Motiv liegen, jedenfalls nicht im entferntesten „jener besondere Umstand", von dem man auf einen Schuldbeitrittswillen der Ehefrau schließen darf (a. A. Wolf, S. 90). Dasselbe gilt von dem Falle, wo ein Vater den Gläubigern seines unter Hinterlassung von Schulden geflüchteten Sohnes volle Befriedigung versprach, damit von den Verfehlungen seines Sohnes nichts an die Öffentlichkeit käme (a. A. Josef in D. J.-Z., 1903, S. 422). Daher halte ich zumal mit Rücksicht auf die Knappheit der gegebenen Tatbestände die Entscheidungen des Reichsgerichtes für durchaus richtig (a. A. Wolf, S. 88, 89).

sprünglichen Schuldner verschafft, seine Ansprüche gegen letzteren lediglich sichern will. Indes beweist diese Tatsache doch soviel, daß die Zwecksetzung des Gläubigers, die für die Bestimmung des Rechtsgrundes einer Haftung allerdings außer Ansatz bleibt, mit der des dritten vollkommen nur bei der Bürgschaft, nicht aber beim Schuldbeitritt übereinstimmt. Trotzdem ist der Gläubiger mit einem Schuldbeitritt des dritten einverstanden, weil die Realisierung seiner Forderung dadurch in noch höherem Maße als durch eine Bürgschaft gesichert wird.

Wird nun aber der dritte ebenfalls lediglich von dem Zweck geleitet, die Erfüllung der betreffenden Schuld zu sichern[43]), so kann auf dieser Basis ein Schuldbeitritt nur dann zustande kommen, wenn er ausdrücklich vereinbart ist.[44]) Denn in einem solchen Falle trifft die der Beitrittsschuld von der Rechtsordnung unterstellte causa auf den dritten eigentlich nicht zu; der von den Parteien verfolgte Sicherungszweck rechtfertigt aber allein, da für ihn der Gesetzgeber lediglich die Bürgschaft bestimmt hat, nur eine Haftung, nicht aber eine Schuld und Haftung. Eine derartige Mehrbelastung ist nur dann gerechtfertigt, wenn sie auf dem ausdrücklichen Parteiwillen beruht.[45])[46])

[43]) Vergl. dazu Crome, § 206, 3 und Anm. 60, S. 377—378, § 207, Anm. 41, S. 383; Cosack, § 159, II, S. 591.

[44]) Salingers Schuldbeitritt „zu Bürgschaftszwecken“ (a. a. O., S. 82)! In diesem seltenen Fall ergibt sich aus dem Beitrittsschuldverhältnis (§ 425 Abs. 1 BGB.), nämlich aus dem damit angestrebten Zwecke, daß die Akzessorietät der Beitrittsverpflichtung über den Rahmen der §§ 422 bis 424 hinausgeht und sich derjenigen der Bürgenhaftung nähert, was Salinger (a. a. O., S. 83, 84, 90) mit Unrecht in gewissem Umfange für jeden Schuldbeitritt schlechthin annimmt. Ähnlich wie hier Crome, § 206, 5 und Anm. 60, S. 377—378.

[45]) Ebenso, aber mit anderer Begründung, Witte, a. a. O., S. 69 ff.

[46]) Damit will ich aber nicht etwa sagen, daß im Zweifel die geringere Belastung für den dritten anzunehmen ist (so Goldmann-Lilienthal, § 122, Anm. 4, S. 450). Mit diesem Auslegungsbehelf, dessen allgemeine Zulässigkeit mit Rücksicht auf den im heutigen Recht allein maßgebenden Grundsatz der §§ 133, 157 BGB. entschieden bezweifelt werden muß (vergl. v. Blume in Iher. Jahrb., Bd. 40, S. 113), wäre absolut nichts

§ 19.

Schriftform für die Schuldbeitrittserklärung?

Durch die Tatsache, daß die Bürgenhaftung einen ganz anderen Rechtsgrund als die Beitrittsverpflichtung hat, wird der im § 17 festgestellte erhebliche Unterschied in den rechtlichen Wirkungen der Bürgschaftsübernahme und des Schuldbeitritts einerseits erklärt, andererseits zu einem unversöhnlichen Gegensatz[1]) gesteigert. Eben dieselbe Tatsache, insbesondere die Eigenart des Rechtsgrundes der Beitrittsschuld, beweist aber auch, daß ein Schuldbeitritt normalerweise ganz anderen wirtschaftlichen Zwecken und Interessen dient, ganz andere wirtschaftliche Folgen als eine Bürgschaftsübernahme herbeiführen soll und herbeiführt.[2])

Schon allein mit Rücksicht darauf halte ich es für vollkommen unzulässig, die für die Bürgschaftserklärung im § 766 BGB. gegebene Formvorschrift auf die Schuldbeitrittserklärung auszudehnen[3]), und zwar selbst in dem Fall, wo mit der vorgenommenen Veränderung der absoluten Rechtslage auch von dem dritten lediglich Sicherung des Gläubigers bezweckt wird, aber die Ausdrucksweise der Parteien deren Willen, einen Schuldbeitrittsvertrag abzuschließen, unzweideutig erkennen läßt. Denn abgesehen davon, daß es hier eine Vergewaltigung des doch autonomen Parteiwillens bedeuten würde, wollte man für das geschaffene Rechtsverhältnis zwischen dem Gläubiger und dem dritten Bürgschaftsrecht maßgebend sein lassen[4]),

gewonnen. Denn die rechtliche Unterscheidung zwischen Bürgschaft und Schuldbeitritt auf reine Billigkeitserwägungen abzustellen, ist ein Widerspruch in sich selbst, oder man verzichtet eben auf ein rechtliches Unterscheidungsmerkmal.

Vergl. dazu auch Westerkamp, S. 275.

[1]) Vergl. u. a. OLG. Köln im R., 1904, S. 222.

[2]) Unrichtig RGE., Bd. 51, S. 121; Hans. G.-Z., 1906, Beiblatt, S. 183.

[3]) Warum dasselbe auch von der Formvorschrift des § 780 BGB. gilt, das ergibt sich aus dem § 15, II b.

[4]) Bedenklich Enneccerus, § 417 I, 1., S. 1061: Nicht selten sei übrigens trotz einer auf Schuldbeitritt deutenden Ausdrucksweise nur selbstschuldnerische Bürgschaft anzunehmen, nämlich wenn in Wahrheit eine dauernd von der Hauptschuld abhängige Verbindlichkeit beabsichtigt werde; dann sei natürlich (?) lediglich Bürgschaftsrecht entscheidend.

bedarf die Schuldbeitrittserklärung schon allein um deswillen nicht der Schriftform des § 766 BGB.[5]), weil nach dem heutigen Recht die Verträge grundsätzlich formfrei, also Formvorschriften Ausnahmevorschriften sind, diese aber über das ihnen durch ihr eigenes Prinzip zugewiesene enge Geltungsgebiet im Wege analoger Anwendung nicht ausgedehnt werden dürfen.

Im übrigen sind die vom Reichsgericht in seiner Entscheidung Bd. 51, S. 121ff. und anderwärts für die Schriftform der Schuldbeitrittserklärung angeführten Gründe in der Literatur bereits so oft erörtert und in so überzeugender Weise widerlegt worden[6]), daß es sich m. E. hier erübrigt, auf die Frage nach der Formbedürftigkeit des Schuldbeitritts näher einzugehen. Diese Frage bildet zwar den Ausgangspunkt des Streites um Bürgschaft und Schuldbeitritt, muß aber gegenüber der Frage nach dem Begriff und Wesen beider Rechtsgebilde zurücktreten, die zu lösen mir das gewählte Thema mit zur Aufgabe gemacht hat.

Die darüber angestellten Untersuchungen haben nun ergeben, daß der Schuldbeitritt oder die sogenannte kumulative Schuldübernahme von der Bürgschaft scharf zu scheiden ist. Daher dürfte es ein logischer Fehler sein[7]), unter die kumulative Schuldübernahme (= Schuldbeitritt) als Oberbegriff die Bürgschaft und die Gesamtschuld als Unterbegriffe einzureihen.

[5]) A. A. Schneider, a. a. O., S. 6; Hellwig, Vertr. a. L. a. Dr., S. 177, Anm. 348 (der Schuldbeitritt sei ohne Schriftform dann nichtig, wenn die Parteien materiell (?) Verbürgung wollen, aber zur Vermeidung der Schriftform den beabsichtigten wirtschaftlichen Erfolg in der Form des Schuldbeitritts herbeizuführen suchen).

[6]) So von Salinger, a. a. O., S. 84—86; Josef in D. J.-Z., 1903, S. 422 ff.; Staub in D. J.-Z., 1903, S. 19; Silbermann in Seuff. Bl. f. R.-A., 1903, S. 365; Martinius in Gruchot, Bd. 49, S. 185 ff.; Westerkamp, S. 537 ff.; Wolf, S. 42 ff.; Brattig, S. 32 ff.; Enneccerus, § 308, Anm. 10, S. 783—784; v. Staudinger, § 766, Bem. 4a; Oertmann, Vorbem. zu §§ 414 ff.

OLG. Celle in OLGE., Bd. 4, S. 53 ff.; OLG. Frankfurt, Urt. v. 9. 2. 1903 und 6. 4. 1903, mitgeteilt von Wolf, S. 35—36.

[7]) den z. B. begeht: Windscheid-Kipp, S. 406; Heil, S. 111; Wolf, S. 60 (oben).

Ebenso halte ich es für durchaus inkorrekt und nur geeignet, in die Lehre von Bürgschaft und Schuldbeitritt noch mehr Verwirrung zu bringen, wenn man nach dem wenig lobenswerten Beispiel des Reichsgerichtes davon spricht, daß „der Regel nach und im Zweifel die sogen. kumulative Schuldübernahme nichts anderes als eine Bürgschaft ist“.[8]) Hat nämlich der Beklagte im konkreten Falle kumulative Schuldübernahme (Schuldbeitritt) behauptet, findet man aber, daß Bürgschaft vorliegt, so stellt man eben damit fest, daß eine Bürgschaft, nicht aber eine „rechtlich“ als Bürgschaft „geltende“ kumulative Schuldübernahme vorliegt. Man sollte selbst der nur Sicherungszwecken dienenden, ausdrücklich vereinbarten kumulativen Schuldübernahme (Schuldbeitritt) der Klarheit halber nicht „Bürgschaftscharakter“ beilegen.[9])

C. Beitritt der Ehefrau zu der Mietschuld ihres Ehemannes.

§ 20.

Parteiwille und Schuldbeitritt der Ehefrau.

Die rechtliche Bedeutung der Mitunterzeichnung des Mietvertrages durch die Ehefrau bemißt sich, wie oben nachgewiesen[1]), nur nach dem Zweck, dem nach allgemeiner Lebenserfahrung ein solcher Rechtsakt unter normalen Umständen dient, also auch dem hypothetischen Parteiwillen.

I. Aber selbst dieser läßt sich bei der Ehefrau nicht allzu fein differenzieren. Denn man muß zugeben, daß mit ihren Interessen auch eine Bürgschaftsübernahme an sich nicht kollidiert.[2]) Trotzdem wird man m. E., wenn man vor die Frage gestellt ist, ob die Ehefrau, indem sie den Mietvertrag mitunterschreibt, sich für die Mietschuld ihres Ehemannes verbürgen oder ob sie ihr beitreten will, der zweiten Hypothese unbedingt den Vorzug geben. Ich halte den vorliegenden Tat-

[8]) So RGE., Bd. 59, S. 232; ähnlich OLG. Kolmar im R., 1906, S. 934 = D. J.-Z., 1906, S. 828, Schneider, a. a. O., S. 6, 8.

[9]) A. A. RGE., Bd. 64, S. 318 ff.

[1]) Siehe § 2, III.

[2]) Vergl. oben § 10, I.

bestand[3]) vom Standpunkt der Ehefrau aus sogar für einen typischen Schuldbeitrittsfall.[4])

Allerdings ist es der Ehefrau auch darum zu tun, die Ansprüche des Vermieters gegen ihren Ehemann zu sichern und dessen Kredit zu heben. Aber im Grunde genommen verpflichtet sie sich doch mit Rücksicht darauf, daß sie die Mietwohnung mitbenutzen wird, also mit Rücksicht darauf, daß die mit der Urschuldbegründung bezweckte Einwirkung auf die relativen Beziehungen ihres Ehemannes zum Vermieter, nämlich die Begründung der Gegenverpflichtung des Vermieters (§§ 535 Satz 1, 536 BGB.), in ihrem wirtschaftlichen Endeffekt (Gebrauchsüberlassung) ihr mit zugute kommen wird. Es ist also hier gerade jene „eigenartige Sachlage" gegeben, daß der Rechtsgrund einer bestimmten Verpflichtung das Ent- und Bestehen einer zweiten auf dasselbe Ziel gerichteten Verpflichtung vollkommen rechtfertigt. Nicht weil sie, die Ehefrau, sondern weil ihr Ehemann berechtigt ist, vom Vermieter zu verlangen, daß die Wohnung ihm in einem zu dem vertragsmäßigen Gebrauch geeigneten Zustand überlassen und während der Mietzeit erhalten wird, deshalb wird die Ehefrau durch ihre Mitunterschrift dem Vermieter verpflichtet.

Daß die Ehefrau der Mietschuld ihres Ehemannes auch gegen seinen Willen beitreten kann, ergibt sich aus § 1399 Abs. 1 BGB. Jedoch ist ohne seine Zustimmung jedwede Realisierung der Beitrittsschuld aus dem eingebrachten Gute unzulässig (§§ 1399 Abs. 2, 1412 BGB.).[5])

---

[3]) In Betracht kommen Verträge vom Typ 1 und 3, nicht vom Typ 2, denn hier sind beide Eheleute Mieter. Vergl. oben § 1.

[4]) Ob man dann, wenn die Ehefrau den Mietvertrag unmittelbar nach ihrem Ehemann unterschreibt, nicht von Schuldbeitritt, nicht von sukzessiver, sondern von uno acto vollzogener Begründung eines Gesamtschuldverhältnisses sprechen will, bleibt sich m. E. für die Abgrenzung nach der Bürgschaft hin gleich. Immerhin halte ich auch hier die Bezeichnung „Schuldbeitritt" für durchaus korrekt. Denn selbst wenn die Ehefrau den Vertrag unmittelbar nach ihrem Ehemann unterzeichnet, so besteht doch in diesem Augenblicke tatsächlich schon ein Schuldverhältnis zwischen ihrem Mann und dem Vermieter.

[5]) Vergl. hierzu oben § 10, II.

Der Beitritt der Ehefrau ist in Ermangelung abweichender Vereinbarung nur auf alle diejenigen Mietverpflichtungen ihres Ehemannes, die eine vertretbare Leistung zum Gegenstande haben, also in erster Linie auf dessen Verpflichtung zur Mietzinszahlung (§ 535 Satz 2 BGB.), zu beziehen, aber — im Zweifel — nicht auf die höchstpersönlichen Mietverpflichtungen ihres Ehemannes,[6]) nicht z. B. auf dessen Verpflichtung, keinen vertragswidrigen Gebrauch von der Wohnung zu machen (§ 550 BGB.) oder die Wohnung nach Beendigung des Mietverhältnisses wieder dem Vermieter zu übergeben (§ 556 BGB.). Denn obwohl die Ehefrau den Besitz der Wohnung mit ihrem Ehemann teilt, so ist doch die Erfüllung derartiger höchstpersönlicher Verpflichtungen für sie zum mindesten teilweise unmöglich.[7]) Und überdies, wie wenig dürfte dem Vermieter, der sich dagegen schützen will, daß der Ehemann einen vertragswidrigen Gebrauch von der Wohnung macht, mit einer Verpflichtung der Ehefrau ihrerseits jeden vertragswidrigen Gebrauch zu unterlassen, geholfen sein! In diesem speziellen Falle würde m. E. eine selbstschuldnerische Bürgschaft der Ehefrau am allermeisten den Interessen des Vermieters entsprechen.[8])

II. Aber der Normalfall bleibt ja der: Der Vermieter ist darauf bedacht, sich für die Entrichtung des Mietzinses die bestmögliche Gewähr zu verschaffen, und zwar eben durch eine in der Unterschrift auch äußerlich zum Ausdruck kommende Mitverpflichtung der Ehefrau. Diese Mitverpflichtung ist indes für den Vermieter nur Mittel zum Zweck. Denn sie soll nur die rechtliche Unterlage für eine Erstreckung des ihm zustehenden gesetzlichen Pfandrechtes auf alle von der Ehefrau eingebrachten Sachen abgeben.[9]) Das vermag aber eine bloße Mitverpflichtung nicht. Dem gesetzlichen Vermieterpfandrecht unterliegen nämlich nur die eingebrachten Sachen des Mieters.

[6]) Nähere Begründung siehe § 18, IV.
[7]) Vergl. Siber, Rechtszwang, § 18, I, 2, S. 155.
[8]) was sich aus dem Wesen der Bürgschaft ergibt. Vergl. oben § 8, I a.
[9]) Vergl. oben § 2, II b, § 3, § 11, I.

Die Ehefrau wird aber dadurch, daß sie der Mietschuld ihres Ehemannes beitritt, aus Miete nur verpflichtet, nicht auch berechtigt, also ebensowenig Mieterin wie durch eine Bürgschaftsübernahme. Denn Mieter im juristisch-technischen Sinn ist nur derjenige, der aus Miete sowohl verpflichtet als auch berechtigt ist.[10] Und wenn schon die Unterwerfung der Sachen des Mieters unter das Pfandrecht des Vermieters als eine einseitige legislatorische Härte empfunden werden könnte, so würde doch eine sich als direkte rechtliche Folge an den Schuldbeitritt der Ehefrau anschließende Ausdehnung des gesetzlichen Vermieterpfandrechtes auf die von ihr eingebrachten Sachen m. E. eine geradezu gänzlich ungerechtfertigte Mehrbelastung der Ehefrau bedeuten. Denn man bedenke doch, daß der Schuldbeitritt gegenüber der Bürgschaft bereits an sich eine Mehrbelastung auf seiten der Ehefrau erzeugen würde, für die ein Ausgleich auf der Gegenseite fehlte!

Da es nun aber dem Vermieter in allererster Linie um eine Erstreckung seines Pfandrechtes auf die Sachen der Ehefrau zu tun ist, entspricht ein Schuldbeitritt der Ehefrau seinem hypothetischen Willen nicht. Infolgedessen kommt ein Schuldbeitrittsvertrag zwischen ihm und der Ehefrau nicht zustande.[11]

Ihre Mitunterschrift enthält also keine Schuldbeitrittserklärung.[12]

---

[10]) Analoge ausführliche Begründung im § 11, I.

[11]) A. A. Westerkamp, S. 353; Enneccerus, § 353, Anm. 3, S. 901.

[12]) Vergl. jedoch § 21, Anm. 1.

Dritter Abschnitt.

Enthält die Mitunterschrift der Ehefrau die Erklärung mitzumieten?

§ 21.

Das Mietverhältnis der Ehefrau.

Da die den Mietvertrag mitunterschreibende Ehefrau weder sich für die Mietschuld ihres Ehemannes verbürgt, noch ihr beitritt, bleibt nur die Möglichkeit übrig, daß sie Mitmieterin ist.

I. Diese Möglichkeit ist wohl ausgeschlossen, sobald am Kopf des Vertrages der Ehemann allein aufgeführt ist (Typ 1)[1]: dagegen in dem — allerdings nicht allzu häufigen — Fall gegeben, daß der einleitende Passus des Mietvertrages die Fassung hat: Zwischen dem V. als Vermieter einerseits und den Eheleuten M. und Frau M. geb. A. als Mietern andererseits ist nachstehender Mietvertrag geschlossen worden (Typ 2). Auch die jüngst mit Vorliebe gewählte Formulierung: „Herr V. vermietet an Herrn M. und dessen Ehefrau unter deren samtverbindlicher Haftung . . . . .“ (Typ 3), spricht nicht dagegen, die Ehefrau als Mieterin aufzufassen.[2]) Denn man braucht dem Umstand, daß in den eigentlichen Vertragsbestimmungen immer nur von dem Mieter und nicht von den Mietern die Rede ist, um deswillen keine Beachtung zu schenken, weil sich dieselbe Erscheinung auch bei den Mietverträgen vom

[1]) Dann ist in der Regel Schuldbeitritt der Ehefrau anzunehmen.

[2]) Ebenso Winter im R., 1907, S. 817.

Typ 2 findet und beim Abschluß von Mietverträgen Formulare verwendet zu werden pflegen, weil man also annehmen darf, daß die in der Einzahl vorgedruckten Wörter „Mieter“ und „Vermieter“ die Vertragsparteien nur generell bezeichnen sollen.[3])

II. Ist die Ehefrau Mitmieterin, so haften zunächst beide Eheleute dem Vermieter als Gesamtschuldner, z. B. für die Entrichtung des Mietzinses (§§ 535 Satz 2, 427 BGB.)[4]), für die Rückgabe der Wohnung (§§ 556 Abs. 1, 431 BGB.). Aber zugleich sind sie ihm gegenüber nach Maßgabe von § 432 BGB. gemeinschaftlich berechtigt, da sie von ihm eine unteilbare Leistung, nämlich die Überlassung und Erhaltung der Wohnung in einem zum vertragsmäßigen Gebrauch geeigneten Zustande zu fordern haben, und eine Gesamtgläubigerschaft (§ 428 BGB.) weder gesetzlich noch vertragsmäßig begründet ist.[5]) Pflegt doch der Wille des Vermieters und der Eheleute nie so präzisiert zu sein, daß er auf die Herstellung eines Gesamtgläubigerverhältnisses gerichtet ist! Andererseits entspricht die Annahme einer gemeinschaftlichen Berechtigung der Eheleute auch am vollkommensten der tatsächlichen Lage. Denn weil die Leistung des Schuldners (Vermieters) unteilbar ist und überdies die Gläubiger (Eheleute) in einem besonders engen Verhältnis zueinander stehen[6]), kann überhaupt der Schuldner nur an alle Gläubiger gemeinschaftlich leisten, und geht der Anspruch jedes Gläubigers[7]),

[3]) Zu formale Gesichtspunkte verrät das Urteil des OLG. Braunschweig vom 4. X. 1901 in Seuff. A., Bd. 59, S. 179.

[4]) Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut der Ehefrau, gemäß §§ 739, 740 ZPO.! Vergl. u. a. Niendorff, S. 24.

[5]) Vgl. Planck, § 432, Bem. 1; v. Staudinger, § 432, Bem. 1; Schollmeyer, § 432, Bem. 2.

[6]) Siehe unten Seite 105.

[7]) Klagen beide Eheleute gemeinschaftlich, so stehen sie in echter (§ 59 ZPO.), aber nicht notwendiger (§ 62 ZPO.) Streitgenossenschaft; ders. A. u. a. Enneccerus, § 319, IV, 2, S. 815; Sydow-Busch, ZPO., § 59, Bem. 3; RGE., Bd. 59, S. 234.

auch wenn die ganze Gegenleistung schlechthin gefordert wird, tatsächlich doch immer auf Leistung an alle.[8])

III. Entspricht nun aber überhaupt eine Mitberechtigung der Ehefrau den Interessen der Parteien und damit dem ihnen zu unterstellenden hypothetischen Willen?

Die Vorteile, welche die volle Mieterstellung der Ehefrau mit sich bringt, sind hauptsächlich folgende:

a) Die Ehefrau hat als Mitmieterin nicht nur wie als Beigetretene Pflichten, sondern auch Rechte gegen den Vermieter. Diese selbständige Berechtigung besitzt für sie unter Umständen erheblichen Wert. Zum Beispiel: der Vermieter hat sich in dem von der Ehefrau mitunterschriebenen Mietvertrage verpflichtet, im Badezimmer der vermieteten Wohnung einen Gasofen aufstellen zu lassen, worauf aber der Ehemann nachträglich ausdrücklich verzichtet (§ 397 Abs. 1 BGB.); die Ehefrau verlangt indes die Setzung des Badeofens vom Vermieter, der sie rundweg verweigert; dazu würde er aber nur dann berechtigt sein, wenn die Ehefrau nicht Mitmieterin, sondern nur der Mietschuld ihres Ehemannes beigetreten wäre; hat sie dagegen den Mietvertrag mitabgeschlossen, so gerät der Vermieter durch seine Leistungsweigerung ihr gegenüber in Verzug (§§ 284, 285 BGB.); infolgedessen kann sie hier trotz des Verzichtes ihres Ehemannes vom Vermieter die Aufstellung des Badeofens und Ersatz des ihr durch den Verzug entstandenen Schadens (§ 286 Abs. 1 BGB.) beanspruchen (§ 432 Abs. 2 BGB.).

b) Den Hauptvorteil davon, daß die Ehefrau mitmietet, hat jedoch der Vermieter. Zwar wird er dadurch ihr gegenüber ebenfalls verpflichtet, aber das bedeutet für ihn eine im wesentlichen ganz geringe Belastung, da der Hauptanspruch der Ehefrau, nämlich auf Überlassung und Erhaltung der Wohnung in dem zum vertragsmäßigen Gebrauch geeigneten Zustande (§§ 535 Satz 1, 536 BGB.), sich mit dem

[8]) Vergl. Entwurf I zum BGB., § 339 Abs. 1 Satz 2; dazu Planck, § 432, Bem. 1; v. Staudinger, § 432, Bem. I, 2; Schollmeyer, § 432, Bem. 3; Oertmann, § 432, Bem. I b.

ihres Ehemannes vollkommen deckt und die Befriedigung des einen in der des anderen ohne weiteres mitenthalten ist. Einen um so größeren Vorteil bedeutet es darum für den Vermieter, daß die der Ehefrau eingeräumte Mieterstellung mit einer Erstreckung seines gesetzlichen Pfandrechtes auf sämtliche von jener eingebrachten Sachen verbunden ist (§ 559 Satz 1 BGB.). Ob nun diese Erstreckung, insoweit sie sich auf die zum eingebrachten Gut der Ehefrau (§ 1363 BGB.) gehörenden Sachen bezieht, von der Einwilligung des Ehemannes abhängt (§ 1395 BGB.)[9]) oder sich unmittelbar mit Abschluß des Mietvertrages vollzieht[10]), kann hier dahingestellt bleiben. Selbst wenn die Entstehung des Pfandrechtes an den Sachen der Ehefrau eine notwendige Nebenwirkung des von ihr abgeschlossenen obligatorischen Rechtsgeschäftes (§ 1399 Abs. 1 BGB.) darstellt, so ist doch seine Realisierung (§§ 560 ff., 1287, 1228 ff. BGB.) in das eingebrachte Gut der Ehefrau ohne die Zustimmung ihres Ehemannes unzulässig (§§ 1399 Abs. 2, 1412 BGB.).[11]) Denn die Zweckbestimmung des eingebrachten Gutes, zur Bestreitung des ehelichen Aufwandes zu dienen (§ 1389 BGB.), läßt sich mit der dem Pfandrecht wesentlichen Bestimmung, zur Befriedigung des Vermieters zu dienen, schlechterdings nicht vereinen.

IV. Wenn auch beiden, der Ehefrau und dem Vermieter, Vorteile daraus erwachsen, daß sie in ein Mietverhältnis zueinander treten, so sind doch die des Vermieters viel, viel höher als die der Ehefrau anzuschlagen. Denn durch die aktive Beteiligung der Ehefrau an dem Vertragsabschluß erlangt sie selbst nur Vorteile, die sie sowieso fast alle in tatsächlicher Beziehung kraft ihrer Eigenschaft als Ehefrau genießt[12]), der Vermieter dagegen wenigstens einen, noch dazu eminenten Vorteil, den er sich auf anderem rechtlichen Wege überhaupt nicht verschaffen kann.[13]) Hat nämlich die

[9]) So Jakubezky im R., 1904, S. 324.
[10]) So RG. in J. W., 1903, S. 89.
[11]) Ebenso Mittelstein, § 13, 7, S. 56.
[12]) Ebenso Kallmann in KGBl., 1904, S. 77.
[13]) Vgl. oben § 11, I und § 20, II; auch § 3.

Ehefrau nicht mitgemietet, so fehlt die obligatorische Unterlage dafür, daß auch ihre zum eingebrachten Gut gehörenden (§ 1363 BGB.), in der Mietwohnung befindlichen Sachen von dem gesetzlichen Pfandrecht des Vermieters ergriffen werden.

Demnach hat die Ehefrau daran, daß sie Mieterin neben ihrem Manne wird, wenigstens in der Regel kein eigenes Interesse, sondern nur der Vermieter.[14]) Aber auch sein Interesse pflegt sich darauf zu beschränken, daß die Befriedigung seiner Mietansprüche gegen den Ehemann durch das Mietverhältnis mit dessen Ehefrau, und zwar eben durch das sich daraus als direkte rechtliche Folge ergebende Pfandrecht an den Sachen der Ehefrau gesichert ist. Diese dem Mietverhältnis der Ehefrau vom Vermieter beigelegte Zweckbestimmung entfällt also, sobald das Mietverhältnis des Ehemannes, bestünde es allein, sein Ende erreichen würde. Man darf deshalb annehmen, daß der Parteiwille nur darauf gerichtet ist, ein in Bestand und Dauer von dem des Ehemannes abhängiges Mietverhältnis der Ehefrau zu schaffen.

Hierfür spricht auch ferner der Umstand, daß zwei Eheleute in einem viel engeren Verhältnis zueinander stehen als sonst zwei gemeinschaftliche Mieter schlechthin. Denn die Ehegatten sind einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet (§ 1353 BGB.), und die Entscheidung in allen das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten steht dem Manne zu, insbesondere bestimmt er Wohnort und Wohnung (§ 1354 Abs. 1 BGB.). Demzufolge muß die Ehefrau die Wohnung mit ihrem Manne teilen, muß sie aufgeben, wenn er sie aufgibt. Mit dieser Tatsache und ferner mit dem Recht des Ehemannes auf Mitbesitz an den zum eingebrachten Gut seiner Frau gehörenden Sachen (§ 1373 BGB.) haben die Eheleute, aber auch der Vermieter zu rechnen.

Daher erfordern es Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte, den Vertrag so auszulegen (§ 157 BGB.), daß das durch ihn begründete Mietverhältnis der Ehefrau dem

[14]) Vgl. oben § 11, I a. E.

ihres Ehemannes angegliedert, akzessorisch sein soll (§ 133 BGB.) und ist.[15])

Insbesondere erreicht also mit dem Mietverhältnis des Ehemannes, einerlei aus welchem Grunde und auf wessen Anstoß es erlöschen mag, auch das der Ehefrau sein Ende.

Diese Auffassung hat aber u. a. folgende Konsequenzen:

a) Kündigung durch oder an den Ehemann wirkt auch für oder gegen die Ehefrau[16]), während sie an und für sich weder dem Mietverhältnis des Mannes noch dem seiner Frau ein Ende bereiten würde, weil die für das Rücktrittsrecht im § 356 BGB. normierte Regel auf das Kündigungsrecht analog anzuwenden ist.[17]) Demnach hat es z. B. der Vermieter nicht

[15]) Ebenso Oertmann in D. J.-Z., 1905, S. 1083 und Vorbem. 5 zu §§ 535 ff.; vgl. auch KG. in OLGE., Bd. 17, S. 6.

Daß die hier vertretene Auffassung den Verkehrsbedürfnissen am meisten gerecht wird, beweist u. a. namentlich der § 14 des neuesten Mietvertragsformulars des Magdeburger Hausbesitzer-Vereins:

„Für den Fall, daß ein Ehepaar mietet, wird folgendes bestimmt:

Willenserklärungen, die von dem Ehemann dem Vermieter gegenüber oder von dem Vermieter dem Ehemann gegenüber abgegeben werden, sind für und gegen die Ehefrau ebenso wirksam, als wenn diese Erklärungen auch von ihr oder auch ihr gegenüber abgegeben worden wären.

Das Verschulden eines Ehegatten hat der andere in gleichem Umfange zu vertreten wie eigenes Verschulden.

Treten in der Person des Ehemannes Umstände ein, welche denselben oder seine Erben oder den Vermieter nach Vorschrift der Gesetze zu einer vorzeitigen Kündigung des Mietverhältnisses berechtigen, so sollen diese Umstände ebenso wirken, als wenn sie sich in der Person beider Eheleute ereignet hätten."

[16]) Im Ergebnis übereinstimmend mit Kallmann, a. a. O., S. 77. Vergl. § 14, Abs. 1 des Mietvertragsformulars des Magdeburger Hausbesitzer-Vereins in Anm. 15.

Zum mindesten hat man die einseitige Kündigung des Mannes dahin zu verstehen, daß er stillschweigend in Vollmacht seiner Frau mitkündige. Vergl. darüber Oertmann, Vorbem. 5, Abs. 2 zu §§ 535 ff.; Planck, § 564, Bem. 2 h; Enneccerus, § 354, I, S. 904; Berndorff, im R., 1905, S. 133; KG. in OLGE., Bd. 9, S. 301 = KGBl., 1904, S. 95—96; KG. in KGBl., 1905, S. 6.

[17]) Ebenso Planck, § 543, Bem. 1 e β und § 564, Bem. 2 h; Enneccerus, § 354, I, S. 904; Cosack, § 137, 7, S. 490; Endemann, § 170, Anm. 8, S. 1068; v. Staudinger, § 564, Bem. 2 e; Fränkel, S. 61;

nötig, der Ehefrau, die sich nach Abschluß des Mietvertrages von ihrem Manne getrennt hat und deren Aufenthalt ihm unbekannt ist, die Kündigung öffentlich zustellen zu lassen, ebensowenig wie der Ehemann sich erst die Zustimmung seiner Frau mit gerichtlicher Hilfe zu verschaffen braucht.

b) Macht ferner der Ehemann von der Wohnung einen die Rechte des Vermieters in erheblichem Maße verletzenden, vertragswidrigen Gebrauch und setzt er ihn ungeachtet einer Abmachung des Vermieters fort (§ 553 BGB.), so ist letzterer berechtigt, das Gesamtmietverhältnis aufzukündigen.[18]) Gerade hier zeigt sich ganz eklatant, daß es dem hypothetischen Willen des Vermieters schnurstracks zuwiderlaufen würde, wenn das Mietverhältnis der Ehefrau völlig selbständig wäre. Dann würde nämlich der Vermieter nur dem Ehemann, nicht auch dessen Ehefrau gegenüber, der ja kein Verschulden zur Last fällt, kündigungsberechtigt sein. Dieses einseitige Kündigungsrecht wäre aber für ihn vollkommen illusorisch, da seine wirksame Ausübung zufolge § 356 BGB. voraussetzen würde, daß der Vermieter befugt wäre, beiden Ehegatten zu kündigen, und auch beiden kündigte. In diesem Falle hätte also der Beitritt der Ehefrau zu dem Mietverhältnis ihres Mannes die Rechtslage des Vermieters noch zum Teil verschlechtert, anstatt sie zu verbessern.[19])

c) Das gleiche wie zu b) vom Vermieter gilt von den Ehe-

Mittelstein, S. 320; Niendorff, § 42, 3a, S. 274; Goldmann-Lilienthal, § 160, I, 2 und Anm. 7, S. 576; KG. in OLGE., Bd. 9, S. 301; Lux, S. 94.

Vergl. auch Mot., Bd. 2, S. 413.

Unrichtig Kallmann, a. a. O., S. 78.

[18]) Ebenso § 14, Abs. 3 des Mietvertragsformulars des Magdeburger Hausbesitzervereins (s. Anm. 15).

[19]) Man darf daher überhaupt ganz allgemein annehmen, daß Eheleute die schuldhafte Verschlechterung der gemeinschaftlich gemieteten Wohnung gegenseitig zu vertreten haben. Ders. A. v. Staudinger, § 425, Bem. 3 b γ; Schollmeyer, § 425, Bem. 2. Vergl. auch Planck, § 425, Bem. 1; Enneccerus, § 316, IV, S. 867; Oertmann, § 425, Bem. 2.

Vergl. § 14, Abs. 2 des Mietvertragsformulars des Magdeburger Hausbesitzer-Vereins in Anm. 15.

leuten im Fall des § 570 BGB., wo die Voraussetzungen für das Kündigungsrecht (Versetzung) auch nur in der Person des einen Mieters, nämlich des Ehemannes, vorliegen. Da jedoch das Mietverhältnis der Ehefrau nur akzessorische Natur hat, halte ich hier den Ehemann für berechtigt, zu kündigen, und zwar mit Wirkung für seine Frau.[20]) Mindestens aber muß man dieser ein Mitkündigungsrecht in Ansehung der Räume zusprechen, welche sie zusammen mit ihrem Ehemann bewohnt.[21]) oder annehmen, daß die Räume stillschweigend unter dieser Voraussetzung gemietet worden sind.[22]) Die Gegenansicht[23]) verkennt meines Erachtens den Grundgedanken der Sondervorschrift des § 570 BGB., daß nämlich solche Versetzungen im öffentlichen Interesse erfolgen und weder Mieter noch Staatskasse durch übermäßige Versetzungskosten allzusehr belasten dürfen. Auch würde ja sonst jeder Vermieter seinen Mietern den Schutz des § 570 BGB. einfach dadurch entziehen können, daß er die Ehefrau in das Mietverhältnis mitaufnimmt.[24])

d) Für den Fall, daß der Ehemann stirbt, seinen Erben ein wirksames Kündigungsrecht einzuräumen, dessen Ausübung auch das Mietverhältnis der Frau zum Erlöschen bringt, könnte vielleicht einzig und allein Bedenken erwecken (§ 569 BGB.). Freilich meines Erachtens nur bei demjenigen, der mir nicht darin zustimmt, daß das Mietverhältnis der Ehefrau nur als die notwendige rechtliche Unterlage für die Erstreckung des Vermieterpfandrechtes auf die von der Ehefrau eingebrachten Sachen, das Pfandrecht hinwiederum nur dazu dienen soll, die

[20]) Ebenso Niendorff, § 46, 4, S. 304; Oertmann, § 570, Bem. 2f.

[21]) So v. Staudinger, § 570, Bem. II, 4; Dennler in D. J.-Z., 1906, S. 669; Mittelstein, § 73, 7, S. 353.

[22]) So Mittelstein, § 73, 7, S. 353.

[23]) Keyßner im R., 1903, S. 225; Winter im R., 1907, S. 818; Planck, § 570, Bem. 5.

[24]) Daß darin eine Unbilligkeit zugunsten der sowieso wirtschaftlich stärkeren Partei, nämlich des Vermieters, liegen würde, scheint Winter, a. a. O., S. 818, nicht zu empfinden.

Mit mir übereinstimmend die Praxis, denn § 14 des Mietvertragsformulars des Magdeburger Hausbesitzer-Vereins (Anm. 15)!

Ansprüche des Vermieters gegen den Ehemann zu sichern.[25]) Wenn man mir darin nicht zustimmt, so hätte man allerdings zu berücksichtigen, daß der Tod des Mieters im Gegensatz zu dessen Versetzung auch für den Vermieter ein Kündigungsrecht begründet. Es würde also unter Umständen die Annahme, daß die Erben des Ehemannes und dessen Ehefrau kündigungsberechtigt sind,[26]) für letztere gleichzeitig insofern zum Nachteil ausschlagen, als dann auch der Vermieter befugt wäre, ihr die Wohnung zu kündigen.[27])

[25]) Ebenso Mittelstein, § 72, 3, S. 344.

[26]) So Franke in Seuff., Bl., 1907, S. 382. A. A. Enneccerus, § 354, III, 3, S. 905; Planck, § 569, Bem. 3b; v. Staudinger, § 569, Bem. II, 2 und 3; Goldmann-Lilienthal, § 160, Anm. 18, S. 579; Oertmann, § 569, Bem. 2; Winter, a. a. O., S. 817; Niendorff, S. 298.

Auf alle Fälle unrichtig Fränkel, S. 68, daß nur die Erben des verstorbenen Ehemannes ein Kündigungsrecht haben.

[27]) So Enneccerus, § 354, III, 3, S. 905.

Schluss.

§ 22.

Übersicht über die gewonnenen Ergebnisse.

Die angestellten Untersuchungen haben zu folgendem Ergebnis geführt:

Die Mitunterschrift der Ehefrau dient der Begründung eines Rechtsverhältnisses zwischen Vermieter und Ehefrau, welches die Befriedigung der Mietansprüche des Vermieters gegen den Ehemann sichern und zu diesem Zwecke die rechtliche Unterlage für die Ausdehnung des gesetzlichen Vermieterpfandrechtes auf die von der Ehefrau eingebrachten Sachen bilden soll.

I. Demzufolge enthält die Mitunterschrift keine Bürgschaftserklärung, weil nämlich

a) materiell eine Bürgschaftsübernahme der Ehefrau nicht gleichzeitig ihre eingebrachten Sachen dem Pfandrecht des Vermieters unterwirft, und überdies

b) formell eine bloße Unterschrift nicht der Formvorschrift des § 766 BGB. genügt.

II. Da der zu Ia angeführte Grund auf einen Schuldbeitritt der Ehefrau ebenfalls zutrifft, enthält ihre Mitunterschrift auch keine Schuldbeitrittserklärung. Freilich entspricht ein Schuldbeitritt der Ehefrau ihren Interessen und denen des Vermieters dann am besten, wenn es letzterem in erster Linie nicht, was

ich aber angenommen habe, um eine Ausdehnung seines Pfandrechtes, sondern nur um eine Mitverpflichtung der Ehefrau zu tun ist.

III. Die Mitunterschrift der Ehefrau bringt vielmehr zum Ausdruck, daß die Ehefrau in ein dem Mietverhältnis ihres Mannes akzessorisches Mietverhältnis zum Vermieter tritt. Denn nur ihre Stellung als Mitmieterin rechtfertigt die Unterwerfung ihrer eingebrachten Sachen unter das Pfandrecht des Vermieters.

Lebenslauf.

Am 16. August 1887 wurde ich, Franz Wilhelm Max Bundschuh, als Sohn des im Jahre 1906 verstorbenen Ingenieurs und Fabrikbesitzers Ignaz Bundschuh und seiner Ehefrau Marie geb. Peltzer zu Magdeburg geboren und im evangelischen Glauben erzogen. Von Michaelis 1893 bis Ostern 1896 besuchte ich die Vorbereitungsschule zu Magdeburg und wurde 1896 in das König-Wilhelms-Gymnasium daselbst aufgenommen, das ich Ostern 1905 mit dem Zeugnis der Reife verließ, um mich nun dem Studium der Rechte zu widmen.

Die Universität Heidelberg, die ich zunächst bezog, verließ ich nach Ablauf eines Semesters wieder und studierte während des W.-S. 1905—06 in Leipzig, kehrte aber für das S.-S. 1906 wieder nach Heidelberg zurück. Zu Beginn des W.-S. 1906—07 wandte ich mich nach Halle a. S., um dann der dortigen Universität drei volle Semester, vom W.-S. 1906—07 bis zum W.-S. 1907—08, anzugehören.

Meine Lehrer waren in Heidelberg die Herren Professoren: Bekker, Buhl, Endemann, Heinsheimer, Jellinek, v. Lilienthal, Marcks, Radbruch, Schroeder; in Leipzig: Friedberg, Mitteis, Sohm, Stieda, Strohal; in Halle: v. Blume, Conrad, Finger, Fleischmann, Langheineken, Lastig, Litten, Loening, Rehme, Schwarz, Stammler, Stein, Waentig.

Nach Überwindung einer langwierigen Krankheit bestand ich am 14. November 1908 die 1. juristische Prüfung am Kgl. Oberlandesgericht zu Naumburg mit dem Prädikat „Gut“. Am 9. Dezember 1908 wurde ich zum Referendar ernannt und zur

Ausbildung dem Kgl. Amtsgericht Magdeburg Abt. Buckau überwiesen, wo ich vom 12. Dezember 1908 bis zum 13. Oktober 1909 beschäftigt war. In dieser Zeit entstand die vorliegende Arbeit, bei deren Abfassung mir Herr Professor Dr. iur. v. Blume in liebenswürdigster Weise mit Rat und Tat zur Seite gestanden hat. Am 15. Oktober 1909 bestand ich mein rigorosum mit dem Prädikat „cum laude", nachdem ich Tags zuvor meinen Vorbereitungsdienst am Kgl. Landgericht zu Magdeburg angetreten hatte.

Thesen.

I.

Der Schuldbeitrittsvertrag ist ein abstrakter Vertrag mit dinglicher Wirkung.

II.

Ein Schuldbeitritt kann sich nur durch Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem dritten vollziehen.

III.

Die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht auf Schadensersatz aus § 179 BGB. geht nur auf Geldersatz.

IV.

Die Eröffnung eines in der gewöhnlichen amtlichen Verwahrung eines Gerichtes befindlichen Erbvertrages durch ein anderes Gericht als das Nachlaßgericht ist rechtsunwirksam.

V.

Das Vorhandensein der Absicht zu beleidigen ist zur Bestrafung aus § 193 StGB. zwar genügend, aber nicht erforderlich.

VI.

Ein auf eine Gesamtstrafe erkennendes Urteil, das nur hinsichtlich eines Teiles der in die Gesamtstrafe einbezogenen Strafen angefochten ist, kann von rechtskräftiger Entscheidung über das Rechtsmittel auch insoweit nicht vollstreckt werden, als es nicht angefochten ist.